258

26



POR

DOÑA TERESA, Y DOÑA Antonia Meſquida Romaguera, hijas legitimas, y herederas de Iayme Meſquida Romaguera, difunto.

EN EL PLEYTO

CON

Franciſca Meſquida, hija de Andres Meſquida.

SOBRE

Fideicomiſſo, y bienes que contenia.

1 PRETENDEN las dichas Doña Teresa, y Doña Antonia, que el Consejo se ha de servir de revocar la sentencia dada, y pronũciada por el Tribunal de la Santa Inquisiciō del Reyno de Mallorca en catorze de Iunio del año de 1645. *primit. fol.* 80. *B. Piez.* 1. por la qual fue absuelta Isabel Mesquida, viuda de dicho Andres Mesquida, y madre de dicha Francisca, de la demanda puesta por Iayme Mesquida, padre que fue de dichas Doña Teresa, y Doña Antonia, sobre el fideicomisso, que instituyeron Antonio Mesquida, *num.* 1. y Andres Mesquida, *num.* 10. declarando, que tocò, y perteneciò dicho fideicomisso à dicho Iayme Mesquida por muerte de Andres Mesquida su hermano, *num.* 12. y que por muerte de este pertenecen los bienes de que se fundò dicho fideicomisso à dichas Doña Teresa, y Doña Antonia.

2 Para la inteligencia de la justicia que assiste à Doña Teresa, y Doña Antonia, se supone por hecho constante, que Iayme Mesquida, *num.* 11. tuvo entre otros hijos legitimos à Andres Mesquida, *num.* 12. à Antonio Mesquida, Doctor que fue de la Real Audiencia de Mallorca, *num.* 13. y à dicho Iayme Mesquida, *num.* 14. Por ser hermano mayor dicho Andres, *num.* 12. sucediò en este fideicomisso en la vacãte por muerte de dicho Iayme su padre, *num.* 11. y muriò, sobreuiuiendole Isabel su muger, à quien dexò el vsufructo de los bienes de este fideicomisso; y tambien le sobreuiuiò Francisca Mesquida su hija, *num.* 19. heredera propietaria.

3 Ansimismo le sobreuiuieron los dichos Doctor Antonio Mesquida, y Iayme Mesquida sus hermanos; y el Doctor Antonio dexò por hijo legitimo à Iayme Mesquida, *num.* 20. y Iayme Mesquida, *nu.* 14.

de-

dexò à Doña Antonia, y Doña Teresa; que oy continuan la instancia inçoada por su padre; y por muerte de dicho Andres tomaron possession de los bienes de este fideicomisso las dichas Isabel, como vsufructuaria, y Francisca como heredera proprietaria de Andres su padre, con ciencia, y paciencia de dicho Doctor Antonio; porque en aquel tiempo se hallaua dicho Iayme Mesquida en Alemania; y auiẽdo venido à Mallorca, puso demanda à las dichas Isabel, y Francisca sobre este fideicomisso, de que tuuo expressa noticia el dicho Doctor Antonio, como Doctor de la Real Audiencia de Mallorca, en que se diò sentencia en el dicho Tribunal de la Santa Inquisicion, que es del tenor siguiente.

SENTENCIA.

FAllamos, atento los autos, y meritos de este processo, el dicho Iayme Mesquida actor en esta causa, no auer probado su intencion, y demanda, segun, y como probar le conuenia para auer victoria en ella: Damosla, y pronunciamosla por no probada; y que la dicha Isabel Mesquida, y Iuan probò sus excepciones, y defensiones, segun, y como probar la conuino: Damoslas, y pronũciamoslas por bien probadas; en consequencia de lo qual, que debemos de absolver, como con la presente absoluemos la dicha Isabel Mesquida y Iuan, viuda, de la pretension, y demanda, que contra ella ha dado el dicho Iayme Mesquida, imponiendole silencio, y callamiento à cerca de lo contenido en ella; atento que el fideicomisso por èl pretendido en fuerça del testamento de Antonio Mesquida, mayor, que firmò ante Carlos Gaia Notario à los 18. de Febrero de 1616. solamente puede estenderse à los nietos, ò bisnietos de dicho testador, segun el rigor de las palabras, de las quales consta no tuuieron tracto sucessiuo per-

pe-

petuo, nisi inter expressè vocatos, per vulgarem, & non per fideicommissariam; y assi esta vocacion no se puede estender à mas, que à Andres Mesquida, segundo de este nombre, el qual se ha de entender, que por tener los bienes libres hizo segundo fideicomisso en su testamento en poder de Sebastian Oliuer, Notario, à los 31. de Diziembre de 1592. por el qual tampoco tiene derecho el dicho Iayme Mesquida, por quanto el primer instituido muriò con hijos mayores de catorze años, y assi fuit purificata conditio; y tiene lugar en este caso el cons. 21. de Oldrado. Y à esto se añade, para la total exclusion de la accion del dicho Iayme Mesquida actor, que la vocacion del Doctor Antonio Mesquida, y sus hijos, precede al dicho Iayme, cuya sola existencia basta para que se verifique no auer llegado, ni sucedido el caso de la vocacion del dicho Iayme, por estar aquellos llamados primero que èl; y assi quanto al dicho Iayme tendria la dicha Isabel los bienes libres; de la qual excepcion ha podido oponer, y valerse, como lo ha hecho en esta causa la dicha Isabel, no obstante todo lo dicho, y alegado en contrario: Y assi lo pronunciamos, sentenciamos, y declaramos en estos escritos, y para ello pro Tribunali sedendo à ninguna de las partes en costas condenando, y que por las desembolsadas se haga execucion.

4 De esta sentencia se interpuso apelacion por parte de dicho Iayme Mesquida à este S. C. y auiendose traido los autos en virtud de citatorio, y compulsorio, pidiò Iayme Mesquida emplazamiento para que se citasse à Iayme Mesquida su sobrino, *num.* 20. por auer fallecido el Doctor Antonio Mesquida su padre; y emplazado, se presentò peticion por su parte en seis de Mayo del año passado de 1650. en que dixo, que tenia puesta demanda en la Real Audiencia de Mallorca sobre estos mismos bienes, y que assi no queria salir à este juizio; y concluyò, que se determinasse sin su interuencion.

5 Y Iayme, padre de estas partes, en peticion de 23. de Iunio del año passado de 51. *Pieza de autos, fol.* 140. respondiò à esto, que la dicha demanda era maliciosa, y se auia coludido por dicho Iayme, *num.* 20. con las dichas Isabel, y Francisca à fin de perjudicar su derecho, y la jurisdicion de este S. C. pues las susodichas eran viudas de Familiares, y Oficiales del Tribunal de la Santa Inquisicion.

6 Teniendo el pleyto este estado, fallecieron los dichos Iaymes tio, y sobrino, *num.* 14. *y* 20. con que por ser el pleyto retardado, se sacò emplazamiento por parte de dichas Doña Teresa, y Doña Antonia para citar à dicha Francisca Mesquida, heredera propietaria, y à Ana Palau, por ser muertos dicho Iayme Mesquida, *num.* 20. de quien es viuda la dicha Ana Palau; y dicha Isabel Mesquida vsufructuaria, madre que fue de dicha Francisca, y muger de Andres, vltimo posseedor; y con efecto se citò à dicha Francisca en 29. de Nouiembre del año passado de 1675. y à dicha Ana Palau en 26. de los mismos mes, y año, conforme à los autos, *fol.* 199. y respecto de no auerse mostrado parte en este pleyto, se sigue en su rebeldia.

7 Y porque la dificultad de este pleyto consiste en la inteligencia de las clausulas de los testamentos de Antonio Mesquida, que le otorgò en diez y ocho de Febrero del año de 1516. y de Andres Mesquida, que se hizo en 31. de Diziembre del año de 1592. se ponen à la letra.

8 En primer lugar se pone la clausula del testamento de Antonio Mesquida, que està en la Pieza de autos compulsados, *fol.* 24. *B.* & *fol.* 31. *B.*

Clau-

Clausula del testamento de Antonio Mesquida.

Solutis autem, & completis omnibus, & singulis supradictis, &c. Si verumtamen aliquis dictorum Andreæ, & Ioannoti filiorum meorum mihi hæres non erit, vel erit, intestatus tamen quomodocumque obierit, substituo ei vulgariter, & æquis partibus inter eos faciendis mihi instituo, & facio hæredes vniuersales in parte illius omnes eius filios masculos legitimos, & naturales ex legitimo matrimonio procreatos nepotes meos, siue neptes tunc viuos, & illos ad inuicem vulgariter substituo, & mihi instituo, hoc modo; videlicèt, quod si aliquis eorũ quomodocumque obierit, sine liberis legitimis, & naturalibus ex legitimo matrimonio procreatis, substituo illi vulgariter, & mihi hæredes, vt dictum est, facio, & instituo omnes alios restantes filios masculos illius dicti filij mei, & ita volo sequatur huiusmodi substitutio, & institutio vsque ad vltimum eorum inclusiuè: Et tamen si dictus filius meus, qui mihi hæres non erit, vel erit, & tamen intestatus decesserit, filios masculos non habuerit, vel habuerit, omnes tamen dicto modo decesserint, vel vltimus eorum decesserit, substituo vulgariter, & instituo modo prædicto, & ordine seruato omnes filias illius dicti filij mei legitimas, & naturales ex legitimo matrimonio procreatas tũc viuas. Verùmtamen si filiæ dicti filij mei non erint, vel erint, & tamen, vt dictum est, omnes obierint, substituo ei vltimæ earum ita decenti vulgariter, & mihi hæredem instituo, & facio in tota dicta parte dicti filij mei alium dictorum Andreæ, & Ioannoti filiorum meorum ad omnes suas, & suorum voluntates libere faciendas, modo tamen ordine, substitutionibus, & institutionibus præcontentis semper seruandis, & saluis existentibus, & illis dictis modo, ordine, substitutionibus, & institutionibus

bus secutis vltimum, vel vltimam filiorum, vel filiarum dicti filij mei, & suos hæredes, & successores ad omnimodas voluntates suas, & suorum hæredum, & successorum, liberè faciendas substituo vulgariter, & instituo, cassans, irritans, reuocans; & annullans testamentum illud, quod diebus elapsis feci in posse discreti Bernardi Baulenes, &c.

Clausula del testamēto de Andres Mesquida, traducida de Mallorquin en Castellano, que està Pieza de autos, fol. 178.

10 P*Agadas, &c. En todos los otros bienes mios muebles, è inmuebles, derechos, y acciones mias, y à mi pertenecientes, &c. Instituyo, y hago mi heredero vniuersal al dicho Iayme Mesquida, hijo mio, y los suyos. Si el dicho Iayme Mesquida, hijo, y heredero mio no serà, ò serà, ò muriere quando quiera que sin hijos, ò hijo de leal conjuncion procreados, y peruenidos, ò peruenido el vno, ò todos en edad de catorze años; en tal caso substituyo en aquel, y à mi, y en aquel heredero hago, è instituyo à Andres hijo suyo, y nieto mio, y los suyos. Y si el dicho Andres nieto, y heredero mio no serà, ò serà, y muriere quando quiera que sin hijos, ò hijo, que lleguen en edad de catorze años varones de leal conjuncion, substituyo en aquel, y heredero hago, è instituyo à Antonio otro hermano suyo, y nieto mio, y los suyos. Y si no serà, ò serà, y muriere quando quiera que sin hijos, ò hijo de leal matrimonio varones procreados, substituyo en aquel, y heredero hago, è instituyo al otro hermano suyo, y nieto mio mayor, que nacerà; y assi quiero se siga entre todos los propios hermanos, assi muriendo sin hijos varones,*

nes, de mayor à menor. Y muriendo assi todos los dichos nietos mios, instituyo, y hago heredera la mayor hija del dicho hijo mio, y nieta mia, q̃ entonces fuere. Y muriere quãdo quiera que sin hijos, ò hijo que no llegaren, ò llegare en edad de catorze años, substituyo en aquella, y heredera hago, è instituyo la otra que despues se siguiere. Y assi quiero la dicha mi heredad por via de fideicomisso sea, y peruenga de mayor à menor de dichas nietas mias assi muriendo. Y si todas murieren sin hijos, ò hijo, quiero la dicha mi heredad venga, y passe por via de fideicomisso à Mosen Iayme Mesquida hermano mio, y à Iayme sobrino mio, hijo de dicho Antonio Mesquida, difunto, hermano mio, y à los suyos por iguales partes à todas sus volũtades libremente hazederas, anulando, &c.

11 En conformidad de la clausula del testamento de dicho Antonio, primer fundador, sucediò en este fideicomisso su hijo Andres, el del *num.* 2. que muriò abintestato, y à este Iayme su hijo el del *num.* 3. y à dicho Iayme, Andres el del *num.* 10. el qual, dando por acabado el fideicomisso, instituyò otro de nueuo en treinta y vno de Diziembre del año de 1592. (como queda dicho) en que sucediò Iayme Mesquida el del del *num.* 11. y por su muerte Andres Mesquida, *num.* 12. vltimo posseedor, hijo de dicho Iayme, y hermano mayor de Iayme padre de dichas Doña Teresa, y Doña Antonia, por cuya muerte, y taciturnidad de dicho Doctor Antonio Mesquida, *num.* 13. que tenia llamamiento anterior al dicho Iayme, puso este la demanda referida à Isabel, que entrò en los bienes deste fideicomisso, como heredera vsufructuaria de dicho Andres su marido.

12 Supuesto este hecho por constante, conforforme à los autos, con advertencia, que lo demàs que fuere preciso para la inteligencia del punto de derecho se referirà en su lugar, se diuide la defensa de Do-

ña Teresa, y Doña Antonia en cinco Articulos.

13 En el primero se dirà, que Andres Mesquida, *num.* 10. formò fideicomisso en la causula referida, por auerse extinguido el que fundò Antonio, *num.* 1.

14 En el segundo, que por auer muerto Andres Mesquida, *num.* 12. sin hijos varones, tocò la sucesion à dicho Doctor Antonio Mesquida, su hermano segundo.

15 En el tercero, que respecto de no auer pedido el dicho Doctor Antonio Mesquida la sucesion deste fideicomisso, no transmitiò el derecho à su hijo Iayme Mesquida, *numer.* 20. y passò al dicho Iayme Mesquida su hermano, *num.* 14.

16 En el quarto, que la instãcia incohada por este Iayme, se transfiriò en dichas Doña Teresa, y Doña Antonia.

17 En el quinto, y vltimo se darà satisfacion à los fundamentos contrarios.

ARTICVLO PRIMERO.

Que Andres Mesquida, num. 10. formò fideicomisso en su testamento, por auerse extinguido el que fundò Antonio Mesquida, num. 1.

18 PARA prueba de este Articulo, se supone en el hecho, que Andres Mesquida en el dicho su testamento instituyò à Iayme Mesquida su hijo; y muriẽdo sin hijos varones legitimos, ò siendo menores de catorze años, substituyò à Andres su nieto, al qual por la misma razon diò por substituto à Antonio, y por esta forma los demàs sus hermanos mayores, y à sus hijos. Despues de todos llama la hija mayor del dicho Iayme su hijo, y à las demàs sus hermanas por la dicha orden, y vltimamente à los transversales, y sus hijos.

Con-

19 Conforme lo qual, el fideicomisso no quedò extinguido, por auer muerto el dicho Iayme Mesquida teniendo hijos mayores de catorze años; porque la substitucion no mirò à que con esso quedasse purificada la condicion, passò mas adelante, y se contentò con que qualquiera de los hijos no llegasse à la dicha edad, segun consta de sus palabras: *Y peruenidos, ò peruenido el vno, ò todos en edad de catorze años*; y tiene la dicha Isabel Mesquida confessado en peticion de diez de Nouiembre de 1644. que Ramon, y Esperança Mesquida eran menores de catorze años quando muriò su padre; demodo, que para la substitucion, y duracion del fideicomisso bastò lo referido, como en nuestros mismos terminos lo resuelve Fusario *de substitutionib. quæst.* 480. *num.* 62. donde la substitucion se formò actiuè, & passiuè en fauor de los hijos, y fue la duda, si muriendo alguno con hijos espirò la substitucion? y dize, que no; porque de vno in alium censetur repetitum fideicommissum.

20 Lo mismo se prueba de las dicciones, *El vno, ò todos*, pues aquella se verifica en singular, porque corresponde à la palabra, *Alguno*, cuya naturaleza es general para todos los nombrados, y señalados, y particular respecto de cada vno, con que en qualquiera que se verifique basta; porque aunque la disposicion aya sido vniuersal por lo preciso de la dicha palabra, queda reducida à singular, en tanto que sucediendo la menor edad en qualquiera de los hijos entra el substituto, como en terminos lo prueba Bartulo *cons.* 1. Annacelus *num.* 6. *lib.* 1. à quien siguen Tiraquelo *in l. si vnquam, verb. Omnia, vel partem aliquam, numer.* 36. y Peregrino *de fideicommiss. art.* 13. *numer.* 19. y assi dize Alexandro *cons.* 187. *numer.* 19. *lib.* 5. fue lo mismo, que si la dicha condiciõ la huuiera puesto nominada, y especificamente à qualquiera de los dichos hijos en particular.

Lo

21 Lo qual se ajusta à la disposicion de la *l. si pater 25. l. vel singulis 37. ff. de vulgar. §. Vel singulis, Instiut. de pupili. substit.* cuya conclusion es: *Posse habentem plures filios impuberes, vel singulis substitutum dare, vel cui eorum nouissimè morietur.* Y esto dando à cada vno diferente substituto, ò à todos vno solo, ò al vltimo de todos, que es nuestro caso, pues dixo el testador, *El vno, ò todos*, con que la substitucion tuuo lugar, y se continuò el fideicomisso. De que dà la razon el texto *in l. 3. vers. Vndè tractatum est, ff. quib. mod. vsusfr. amittat.* que en cada vno de los hijos se repite la dicha substitucion, de que pone el exemplo del vsufructo añal, que perdiendole el vsufructuario por la capitis diminucion se repite, y buelve à tener subsistēcia todas las vezes que se restituye, y es como si entonces se le le legara.

22 Y la diccion, *Todos*, de su naturaleza comprehende todos los hijos de Iayme Mesquida Alberto Bruno *cons. 8. num. 6. & 7.* Bart. Socino *cons. 2. numer. 19. lib. 3.* Surdo *cons. 317. num. 14. & lib. 3.* Peregrin. *de fideicommiss. art. 26. num. 20.* Nam vniuersalis locutio facit, vt contineantur etiam quæ non veniunt sub indefinita, *l. Iulianus, ff. de leg. 3.* Gabriel Saraina *ad Mathesilan. singul. 129. nu. 3.* Tiraq. *de primog. quæst. 13. num. 6. ad fin.* Con que para la calidad de la condicion fue lo mismo dezir, *Todos, ò alguno*, pues se verificò, y tuuo lugar la substitucion en qualquiera de los dos casos, y haze durar el fideicomisso.

23 Y despues de la dicha alternatiua, dixo: *En tal caso*, que es palabra repetitiua de las condiciones que precedieron à la substitucion del dicho Andres para en todos, y en qualquiera de los casos que preuino el testador: *Si el dicho Iayme Mesquida hijo, y heredero mio no serà, ò serà, y morirà quando que quando sin hijos, ò hijo de leal conjunto procreados, y peruenidos, ò per-*

ue-

uenido el vno,ò todos en edad de catorze años. Y luego dà forma à la sucesion del sustituto, y dize: *En tal caso substituyo en aquel, &c.* Que fue dezir en los terminos de las dichas condiciones, y no de otra manera; porque la diccion, *En tal caso,* non patitur extensionẽ ad aliũm diuersum. Anchar. *cons. 356. num. 3.* Crauet. *cons. 98. num. 6.* Bald. *cons. 57. num. 2. vers. Tertio est considerandum, vol. 2.* Gomecio *in §. Rursus. Instit. de actionib.* Gozadin. *cons. 4. num. 23.* Hyppolit. Riminald. *cons. 627. num. 20. vol. 6.* Y aunque requiere cumplimiento de las condiciones expressadas, vt probat eleganter Ludouicus Romanus *cons. 131. nu. 1.* es auiendo puesto el testador por preciso el cumplimiento de las condiciones todas; no empero quando se contentò con qualquiera, que entonces la diccion, *En tal caso,* no se estiende à mas del que puede dar entrada, y cõprehension à la substitucion.

24 Lo qual se confirma con la fuerça, y significacion de la alternatiua, ò que haze se verique, y tenga lugar la substitucion igualmente en todos, y en cada vno de los casos expressados, *vt in l. si ita legauerit 30. ff. de auro, & argento legato,* como consta de los casos en que lo verifica el Consulto. El primero, ibi: *Siquis ita legauerit, vxori meæ mundum, ornamenta, seu quæ eius causa parans, do lego, placet omnia deberi.* El segundo, en las palabras siguientes: *Sicuti cum ita legatur, Titia vina, quæ in vrbe habeo, seu in portu do lego.* Y concluye ponderando la fuerça de la alternatiua: *Hoc enim verbum; scilicèt, seu ampliandi legati gratia positum est;* y se prueba *in l. à te 32. ff. de nouat.* ibi: *Quia vtrũque in posteriorem deducitur obligationem, l. ea tamen 46. ff. de legat. 3.* En que concuerdan Iason *in princip. Institut. de actionib. num. 31.* que dize la alternatiua es diuersificatiua extremorum, Felin. *in cap. inter cæteras, de rescript.* el señor Couarrubias *lib. 2. variar. capit. 5.*

num. 10. Lasarte *de decima venditionis, cap. 7. num.* 43. Y à este proposito dize Azebedo *cons.* 15. *num.* 49. & 50. que quando la alternatiua cae, y se pone entre personas que han de ser substituidas propter ordinē charitatis, vel necessitatis ratione, entonces los expressamente substituidos quedan tambiē instituidos, simul, & semel, & ordine successiuo, scilicet filius solus in primis, & deinde nepos, post eum, & sic censentur vocati per vulgarem.

25 Deinde, porque estan substituidos todos los descendientes varones, despues las hembras, y vltimamente los transversales: *Y si todas moriràn sin hijos, ò hijo* (dize la clausula) *quiero dicha mi heredad passe por via de fideicomisso à Mosen Iayme Mesquida hermano mio, y à Iayme sobrino mio, hijo del dicho Antonio Mesquida quondam mi hermano, y à los suyos.* Et sic, à toda la familia, y quādo al fideicomisso està llamada, y substituida la familia, es fideicomisso perpetuo, vt per Doctores *in l. qui Romæ, §. Cohæredes, ff. de verb. oblig.* Curt. Iunior *cons.* 145. *ex num.* 1. latissime prosequentē materiam, Philippum Portium *lib.* 1. *commun. conclus.* 38. qui dicit communem.

26 Y solamente la exclusion de las hembras, ò la prohibicion de suceder, extantibus masculis, induce, denota, y prueba fideicomisso perpetuo, Graciano *disceptat. forens. tom.* 2. *cap.* 285. *numer.* 11. Michael Grasis *lib. sent. §. Fideicommissum, quæst.* 8. *n.* 3. Mantica *de coniectur. lib.* 8. *tit.* 12. *n.* 10. & 11. Dom. Molin. *de de primogen. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 50. Fusar. *de substitut. quæst.* 440. *n.* 20. Curcio Iunior *cons.* 111. *n.* 10. Peguer. *decis.* 103. *num.* 5.

27. Porque en estos casos el fideicomisso tiene equiparacion, y consonancia grāde con el mayorazgo, Peralta *in rubrica, num.* 122. & *in repet. l.* 3. §. *Qui fideicommissariam, numer.* 91. *ad fin. ff. de hæred. instit.*

Dom.

Dom. Couarrub. *lib. 1. variar. cap. 15. num. 14.* Palac. Rub. *in repet. cap. per vestras*, §. 44. *num.* 4. Meneses *in rubr. Cod. de fideicommiss. ex num.* 4. como tambien à los feudos, Ias. *cons. 89. ad fin. vol.* 1. Craueta *cons.* 24. *num.* 11. Petris *de fideicommis. quæst.* 8. *num.* 472. Galeota *controuers. lib. 2. controuers.* 16. *num.* 28. Salcedo *de lege Politica, lib. 2. cap.* 2. *ex num. 67. ad* 96. con que la sucessiõn del dicho Andres Mesquida, y demàs llamados, es infalible, y cierta.

28 Vlterius, porque estàn hechas substituciones de todos los hijos, y descendientes con su grado, y calidad, comprehendiendo los descendientes, llamandolos vno en pos de otro con la prerrogatiua de mayoria, lo qual haze fideicomisso perpetuo entre las personas llamadas, conforme la resolucion de Peregrino multos allegans *de fideicõmis. ar.* 22. *n.* 77. Cephal. *cons.* 401. *n. 6. lib.* 3. Cesar Barc. *decis.* 1. *n.* 8. & 9. Surdo *cons.* 241. *n.* 31. Menoch. *lib. 4. præsumpt. 68. num.* 7. & 8. y quando se pone la clausula, *de grado en grado*, dizen lo mismo Beroio *cons.* 41. *num. 4. lib.* 2. Graciano *discept at. Forens. discept.* 285. *à num.* 18.

29 Y porque aunque la substitucion fue à todos, nunca admitiò mas que vn solo sucessor, con obligacion de restituir al siguiente, restringiendo la naturaleza del fideicomisso, en que suceden muchos simul, como lo advierte el señor Luis de Molina *lib. 1. de maiorat. cap. 1. num. 7. & cap. 5. num.* 31. Y assi la disposiciõ hecha en la dicha forma tiene calidad de perpetua inter vocatos, Suar. *in l. quoniam in prioribus, ampliat.* 10. *n.* 25. ibi: *Vnum tene menti perpetuo*, Alvaro Valasco *consultat. 82. num. 5. lib.* 1. Gregor. Lopez *gloss. 1. quæst. 1. vers. Item quando, in l. 2. tit. 15. part.* 2. Mantica *de coniectur. lib. 8. tit. 10. num. 5. ad fin.* Alvarado *de coniect. ment. def. lib. 2. cap. 3. §. 3. num.* 11. Flores de Mena *lib. 1. variar. quæst. 17. num.* 38.

30 Y no es la menor euidencia de la dicha perpetuidad auer excluido las hembras viris existētibus, como lo prueban Graciano *disceptat. forens. tom. 2. cap.285.num.11.* Miguel Grasis *lib. sententiar. §. Fideicommissum, quæst. 8. num. 3.* Mantica *de coniectur. lib. 8. tit. 12. num. 10 & 11.* Dom. Molin. *de primogen. lib. 1. cap. 5. num. 50.* Fusar. *de substit. quæst. 480. numer. 20.* Curc. Iun. *consl. 111. num. 10.* Peguera *decis. 103. num. 5.* Y la razon que dàn estos Doctores, es, de q̄ el fundador quiso conseruar agnacion, y no lo podia cōseguir haziendo fideicomisso agnaticio, tēporal, y limitado.

31 Y la generalidad de esta razon, y fundamento estiende, y amplia el fideicomisso, *l. cum pater 79. §. dulcissimus, ff. de leg. 2. l. regula 9. §. Siquis ius ignorans, ff. de iur. & fact. ign.* Bart. *in l. pater filium 36. §. Fundum, num. 2. & 3. ff. de leg. 3.* Ias. *in l. filius fam. 117. §. Diui, lectura 2. num. 108. ff. de leg. 1.* Peregrin. *de fidiicommis. art. 11. num. 54.* Del mismo modo las substituciones especiales tienen ampliacion, y extension por la razon general, secundum Caluacan. *decis. 23. ex numer. 27. part. 3.* Surd. *cons. 96. ex num. 20. & 42. lib. 1. & cons. 394. numer. 27. & 28. lib. 3.* Decian. *cons. 86. num. 21. & 23. vol. 3.* vbi ex Alex. *in l. Marcellus, numer. 1. ff. ad Trebel.* & alijs respondit, rationem generalem considerari tamquam genus continens omnes species etiam diuersas, & ita ex Ancharrano *cons. 27.* ampliandam esse substitutionem, Decian. *cons. 41. ex numer. 118. vol. 1. & cons. 43. ex numer. 20. vol. 2.*

32 Denique, porque en duda, siempre se ha de juzgar, y entender, q̄ se formò fideicomisso perpetuo inter masculos, suponiēdo para ello todas las cōsideraciones, y presunciones necessarias; y en particular el intēto, y fin del testador. Pruebase expressamente del texto *in l. fideicom. 11. §. Hæc verba 9. ff. de leg. 3.* cuyas

pa-

palabras son singulares al proposito: *Te fili rogo, vt prædia, quæ ad te peruenerint, pro tua diligentia diligas, & curam eorum agas, vt possint ad filios tuos peruenire.* Hizieronle duda al Iurisconsulto Vlpiano, y la expressò, ibi: *Licèt non satis exprimunt fideicommissum, sed magis consilium, quàm necessitatem relinquendi.* Y cõ todo assintiò al fideicomisso, y asegurò serlo: *Tamen ea prædia in nepotibus, post mortem patris eorum vim fideicommissi videntur continere*, de q̃ dà la razon Accursio *in verb. Cõtinere*, muy à nuestro proposito: *Scilicèt, inspecta potius mente testatoris, quàm ipsius verbis*, y Sarmiento *lib. 5. selectar. in l. Gallus, in princip. numer.* 32. se afirma en lo mismo, ibi: *Quod ibi inducitur fideicommissum magis ex tacita mente, quàm ex vi verbi*, que ha lugar en nuestro caso, pues consta hizo substituciones discretiuas el testador à fauor de los descendiẽtes varones, y hembras, y de toda la familia, que no podia conseguir, sino es mediante la perpetuidad del fideicomisso, *quod plus sit intellectum quàm dictum.*

33 Y no es menos à proposito el texto *in l. quamuis 15. Cod. de fideicommiss.* donde el testador instituyò dos hermanos por iguales partes, y en otra clausula rogò à su padre los emancipasse, de que induce el texto, que aunque el padre adquiriò el vsufruto de la herencia, quedò grauado à restituirla à los hijos por via de fideicomisso: *Tamen, quia inferioribus verbis testamenti vos sui iuris facere testator curauit, intelligi potest restituendæ hæreditatis commodo fideicommisso patrē obstrictum esse*: y si de sola la dicha congetura se concibe el fideicomisso; con quanta mayor razon nos auemos de persuadir à la perpetuidad, y duracion deste, auiendo tantas?

34 Conforme lo qual, el dicho Andres Mesquida fue legitimo successor, y le perteneciò per vulgarem substitutionem, que es la que obrò, y en cuya virtud

ſe transfiriò el fideicomiſſo, pues en dos caſos, y por dos maneras ſe formò. La vna, no ſiendo heredero Iayme padre de Andres, è hijo del fundador. La otra, ſiendolo, y dexando hijos, ò hijo mayores de catorze años. *Princ. Inſtit. de vulgari, l. 1. ff. eodem tit. l. 1. tit. 5. part. 6.*

35 Y quando ſe quiera ſuponer, q̃ la dicha ſubſtitucion fue pupilar, adhuc valdrà, y ſe continuarà el fideicomiſſo en fuerça de vulgar, *ex textu in l. cum hoc iure 4. ff. de vulgari, l. quamuis, C. eodem*, que dàn por valida, y firme la ſubſtitucion vulgar tacita, que ſe forma ſub pupillari expreſſa, y ponen el exemplo, quãdo el teſtador inſtituyò à ſu hijo, y le diò por ſubſtituto à Sempronio muriendo en la edad pupilar. Y cõ todo, ſi muere ante aditionem hæreditatis, ſucede Sẽpronio por la vulgar, que ſe preſume ex tacita voluntate teſtatoris, aunque las palabras parece contenian diferente diſpoſicion; y eſta llaman los Doctores tacita vulgar, Spino *de teſtament. gloſ. 22. num. 24.* Minſinger, *in princip. Inſtit. de vulgari, num. 6.* De que ſe concluye la continuacion del fideicomiſſo, y què perteneciò à Andres Meſquida, nieto del fundador, por muerte de Iayme Meſquida ſu padre.

ARTICVLO SEGVNDO.

Que por auer muerto Andres Meſquida ſin hijos varones tocò la ſuceſſion al Doctor Antonio Meſquida ſu hermano ſegundo.

36 CONſtante es, y las partes vàn conformes en que Andres Meſquida muriò ſin hijos varones, dexando ſolamente à Franciſca Meſquida, à quien inſtituyò heredera para deſpues de los dias de Iſabel Meſquida ſu madre, que es la

oca-

 26)

ocasion de este pleytõ. Tambien es cierto, que al dicho tiempo viuia el Doctor Antonio Mesquida, su hermano segundo, que fue Doctor de la Real Audienci a de Mallorca.

37 Conforme lo qual tocò la sucessiõ al dicho Antonio Mesquida por expressa volũtad del fundador, pues preuiniendo el caso propuesto, dixo assi: *Y si el dicho Andres nieto, y heredero mio no serà, ò morirà quando que quando sin hijo, ò hijos, que lleguen en edad de catorze años varones de leal conjunto, substituyo en aquel, y heredero hago, è instituyo à Antonio otro hermano suyo, y nieto mio, y los suyos.* En que se prueba no solamente la exclusion de la dicha Francisca Mesquida, hija de Andres, sino la inclusion, y llamamiẽto del dicho Doctor Antonio Mesquida.

38 Porque auiendo varones, las hembras estàn excluidas, ò pospuestas, como se prueba de la dicha fundacion, ibi: *Y muriendo assi todos los dichos nietos mios, instituyo, y hago heredera la mayor hija de dicho hijo mio, y nieta mia*; y aũ en este caso tãpoco tiene llamamiento, porque no es nieta, sino bisnieta; y quando la substitucion, ò llamamiento es discretiuo de varones, y hembras; ellas, ni suceden, ni compiten auiendo varones, Bald. *consf.* 186. *num.* 1. *&* 2. *vol.* 1. *& in l. in multis, nu.* 3. *ff. de statu homin.* Hieronim. Gabriel *consf.* 69. *n.* 3. 4. *&* 5. *vol.* 2. Socin. Iun. *consf.* 69. *n.* 23. *vol.* 3. Zanco *in l. heredes mei,* §. *Cum ita, num.* 96. *&* 97. *ff. ad Trebellian.*

39 En tanto grado, que quando la dicha substitucion no fuera tan clara, y expressa, adhuc constando de la prelacion de los varones, en faltando los de la linea primogenita, se han de buscar en la siguiente, *Auth. de hered. abintest. ven.* §. 1. & ex pluribus probãt Peregrin. *de fideicommiss. art.* 12. *num.* 76. *vers. Sed contra,* Parisio *consf.* 55. *num.* 6. *vol.* 2. Bald. *in l. Gallus* 29.

ff.

ff. de lib. & posthum. Socin. *cons.* 188. *num.* 7. *vol.* 2. y por este fundamento Parisio, *vbi proximè*; saca la ilacion siguiente: *Ex istis resultat conclusio vera, quod per prædicta verba fuit inductum fideicommissum de descendente in descendentem masculum, & non solùm in primũ, sed etiam in posteriores, & quod expressè sunt fœminæ exclusæ.*

40 De que se infiere, que la disposicion de Andres Mesquida à fauor de su hija, y muger, no pudo perjudicar al Doctor Mesquida; sino que deuiò restituirle la herencia, vt notat Tiber. Deciano *cons.* 41. *num.* 65. *vers. Non obstat quintum, lib.* 1. donde dize, que estando llamados los substitutos singulariter, seu ordine collectiuo, censentur vocati omnes, & singuli vnus post alium, & decedentem teneri restituere sequenti successori; y esta opinion la comprueba con muchos, que todos afirman deuerse seguir in iudicando, & cõsulendo, & *cons.* 89, *num.* 9. *lib.* 3. Beroio *cons.* 102. *numer.* 24. & 25. & *cons.* 16. *numer.* 19. *lib.* 2. Natta *cons.* 531. *num.* 25. *lib.* 3. Socin. Sen. *cons.* 12. *num.* 14. *lib.* 3.

41 Lo qual procede, porque ya, respecto de la persona del dicho Doctor Mesquida, y por la duraciõ, continuacion, y perpetuidad del fideicomisso, y estar llamada la familia, la substitucion es fideicomissaria, en cuya virtud suceden èl, y los siguientes llamados, como lo prueba Craueta *cons.* 22. *numer.* 9. que dize: *Quod sine dubio procedit, quia verba substitutionis habent tractum temporis in futurum; nam, vt dixi, hæredes non possunt dici vocati, nisi post mortem primo loco vocatorum, quia anteà non sunt hæredes. Quo casu, vbi est tractus temporis in futurum, Doctores omnes conueniant substitutionem factam ordine successiuo intelligi per fideicommissum.* Y en terminos de nuestro caso lo repite el mismo Craueta *cons.* 131. *num.* 10. por estas

pas-

palabras: *Breuiter non auderunt recedere ab opinione Socini, quod intelligantur ista verba per viam fideicommissi, quia negari non potest, quim habeant tractum temporis in futurum, substituendo enim hæredes habetur respectus ad tempus post mortem instituti, cui fit substitutio de eius hæredibus, cùm vt dixi, viuentis nulli sint hæredes. De quo casu quando verba habent tractum temporis in futurum, sine dubio intelligitur substitutio ordine successiuo per viam fideicommissi*, probant Bart. *in l. Centurio, num. 32. vers. Idem si non est apposita. ff. de vulg.* Socin. *in l. Gallus, §. Quidam rectè, num. 17. ff. de lib. & posth.* Zanchus *in l. hæredes mei, §. Cum ita, numer. 812. ff. ad Trebel.* Alexand. *cons.* 12. *nu.* 9. & 10. *lib.* 4. Decio *cons.* 204. *num.* 7. Parisio *cons.* 11. *num.* 29. *lib.* 3. Berret. *cons.* 33. *n.* 1. & 2. Peregr. *de fideicommis. art.* 18. *n.* 22. Ruin. *cons.* 158. *ex n.* 12. *lib.* 2. Tiber. Decian. *respons.* 1. *num.* 251. *vol.* 1.

42 A que no obsta el *cons.* 21. de Oldraldo, en que se funda la sentencia para motiuar, que auiẽdo muerto Iayme Mesquida con hijos mayores de catorze años, se purificò la condicion, y cessò el fideicomisso; porque como la sentencia no se afirmò en la duraciõ, ò fenecimiento del fideicomisso, pues para con el dicho Iayme, padre de Teresa, y Antonia, q̃ litigò, le diò por acabado, y le considerò permanente, respecto del hijo del dicho Doctor Antonio Mesquida, que tambien se llamò Iayme: asi tampoco ajustò el caso de Oldraldo al de este pleyto; pues si alli por la existencia de los hijos cessò, y tuuo fin el fideicomisso, y se purificò la condicion, aqui no fue asi; porque aunque algunos de los hijos llegaron à catorze años, huuo otros que fueron menores, como està verificado en el pleyto; y no auiendo llegado todos à la dicha edad, tuuo lugar la substitucion en el dicho Andres Mesquida, como se probò *supr. ex numer.* 19. y èl quedò grauado

 de

de restituir al inmediato substituto.

43 Lo segundo, porque aunque todos tuuieran los dichos catorze años, corria la misma substitucion, pues dize el testador, que llegando *vno, o todos* à la dicha edad, sea heredero Andres. Luego sin embargo de que todos fuessen mayores, quiso se continuasse la substitucion, y fideicomisso, como parece de sus palabras: *En tal caso substituyo en aquel, y à mi, y en aquel heredero hago, è instituyo à Andres hijo suyo, y nieto mio, y los suyos*; porque en las dichas palabras preuino tres casos, y en todos diò lugar à la substitucion vulgar. El vno, *muriendo el dicho Iayme sin hijos*, en que sucedian los transversales. El segundo, *auiendo llegado alguno à edad de catorze años quando muera el dicho Iayme.* El tercero, *siendo todos mayores*; y en dando disparidad en los casos, no corre la razon, ni el exemplar, vt notum est.

44 Denique, porque el caso del consejo de Oldraldo fue diferente, pues auiendo instituido el testador à su hermano, y à los hijos de otros dos hermanos, y substituidolos ad inuicem en caso de morir alguno sin hijos, ni descendientes varones, muerto el testador, se diuidiò la herencia en tres partes, en conformidad de su disposicion: despues muriò vno de los instituidos dexando quatro hijos, de los quales murieron dos sin ellos; luego muriò el tercero dexando vna hija, à quien instituyò por heredera, que tambien lo fue del quarto. Los coherederos pretendieron tocarles la parte de la herencia en virtud del fideicomisso, por la falta de hijos, y descendientes varones. A que se opuso la hembra, diziẽdo, q̃ auiendolos tenido quedò purificada la condicion, y acabado el fideicomisso; à q̃ asintiò Oldraldo, diziẽdo: *Et mihi videtur in quæstione dicendum, quòd substitutio, de qua dicitur, quoniam tàm mens, quàm verba fideicommissariam inducant, ex-*

pi-

pirauerit in personam eius, qui decessit quatuor liberis superstitibus, quidquid posteà de liberis contigerit. Con q̃ la aplicaciõ deste caso al deste pleyto, es violenta, y estraña; y assi el motiuo de la sentencia fue agrauio hecho al dicho Iayme Mesquida, tomando por fundamento vna opinion distinta, tanto, que si se le propusiera à Oldraldo la forma de esta subtitucion, en que se haze el llamamiento del substituto, teniendo vno, ò mas hijos mayores de catorze años, respondiera durar el fideicomisso, no constando que todos lo auian sido, pues para el efecto de la dicha subtitucion lo mismo fue ser menor vno que todos.

45 Demàs, que la sentencia se ha de fundar en doctrina, ù opinion cierta, y constante, no en la que es dudosa, como la del dicho consejo, que comunmẽte està reprobado, y particularmente escriuen contra èl Marçario *cons.992.num. 28. vers. Tertiò respondetur*, que dize: *Sic non est de Oldrado curandum, qui articulum circà masculos non discutit*, Casanat. *cons.* 20. *num.*3. & 32. Menoch. *lib. 2. de arbitrar. centuria* 2. *casu* 199.*n.*19. y Mantic. *de coniectur. lib.* 11. *tit.* 3.*n.*7.

46 Fuera de que Oldraldo hablò èn fideicomisso temporal; pero quando la disposiciõ, y sus palabras induzen, y denotan tracto sucessiuo, y perpetuidad (como aqui entre las personas contempladas) no està admitida su opinion, como lo considerò la Rota *apud Cauallerium decis.* 34. *numer.* 5. ibi: *Et certum est, quod domus non posset deuolui, & semper reuerti ad proximum, nisi adesset fideicommissum perpetuũ,* Sessè *decis.*65.*num.*26.*vol.*1. Alexand. *cons.*59.*num.*4. *lib.*3. Ruino *cons.* 123.*numer.*19. *lib.*2. Marta *cons.* 18. *num.* 3. que dize: *Tamen illorum opinio procedit, quandò testator vsus fuerit aliquibus verbis denotantibus tractum temporis in futurum.* Menoch. *præsumption.* 69.*numer.*11. *vers. Nam si testator*, Gabriel de *fideicommiss.*

con-

conclusion.8.num.6. Paul. Castrense *cons.43. vol. 1.* Parisi. *cons. 18. num. 43. vol. 2.* Curcio Iunior *cons. 21. numer. 10. & 11.* Dom. Molin. *de primog. lib. 1. cap. 6. numer. 18. & 19.* y la Rota siguiò esta opiniõ, como certifica Mantica *decis. Bononiens. de fideicommis.* de que dà la razon el mismo Casanate *in dict. cons. 20. numer. 14. vers. Hoc est ergo,* que dize: *Hoc est ergo indubitatissimum primogenituræ simplicis perpetuæ, & absolutæ signum aduersus Oldraldum. Cum nullus cordati ingenij possit sibi persuadere, testatorem adeò anxiè in omnibus lineis, & gradibus primogenituræ qualitatem expræsisse, eamque ex optasse, si ex vno forsam verbulo totius primogenituræ perpetuitas prosternatur, & corruat.*

ARTICVLO TERCERO.

Que no auiendo el dicho Doctor Antonio Mesquida entrado en la possession del fideicomisso, no transfiriò derecho alguno à su hijo, y passò la sucession à Iayme Mesquida su hermano.

47 VAN conformes las partes en que el Doctor Antonio Mesquida no pidiò el fideicomisso, aunque viuia quando muriò Andres Mesquida su hermano, y lo confiessa la parte de Isabel Mesquida en peticion de treinta de Iunio de 1644. y que dexò vn hijo, que se llamò Iayme Mesquida, y consta de la clausula del testamento del dicho Doctor Mesquida, que le otorgò en tres de Agosto de 1642. y se abriò en treze del dicho, dexò por heredera vniuersal à toda su volũtad de todos sus bienes à Marcela Santendreu y Mesquida su muger, la qual, ni el dicho su hijo no han pedido el fideicomisso, ni litigan.

Con

48 Con q̃ por esta razon, y por auer llegado el caso de su llamamiento, y substitucion, mouiò este pleyto legitimamẽte Iayme Mesquida, hermano de Andres, y Antonio, y tio de dicho Iayme el menor, emplazado; pues aunque dicho Iayme, como diximos en el *num*.4. fue emplazado, no opuso excepcion exclusiua de dicho Iayme su tio, sino tan solamente, que no deuia litigar en este Supremo Consejo, sino en la Real Audiencia, donde dixo, que tenia puesta la demanda: y estando el juizio radicado en el Santo Tribunal de la Inquisicion de aquel Reyno antecedentemente sobre este fideicomisso, y en este Supremo Consejo en grado de apelacion, deuiò acudir à èl siguiendo esta instancia, por ser contra viudas de Familiares, *leg. vbi ceptũ, ff. de iudicijs*, alegando exclusion de dicho Iayme su tio, *iuxt. leg. si contendat, ff. de fideiussorib.* como lo ponderò en terminos Cancer. *tom.3. variar. cap. 1. de actionib. à num.56.* vbi refert Couarrub. Molin. & alios; con que entra el agrauio de la sentencia en esta parte, y la falencia de su motiuo en aquellas palabras: *Y à esto se añade para la total exclusion de la accion del dicho Iayme Mesquida actor, que la vocacion del Doctor Antonio Mesquida, y sus hijos precede al dicho Iayme, cuya sola existencia basta para que se verifique no auer llegado, ni sucedido el caso de la vocacion del dicho Iayme, por estar aquellos llamados primeros que èl*, puesto que la omission, y voluntad del dicho Doctor Mesquida diò entrada, y lugar à la substitucion del dicho Iayme, porque sin aprehension actual del suso dicho no transfiriò derecho alguno à su hijo; ni èl (quando litigara) pudiera competir, ni hazer oposicion à su tio.

49 Esta proposicion se prueba. *Lo primero*, por voluntad expressa del testador, que lo dispuso assi: *Y si no serà, ò serà, y morirà quando que quando sin hijos, ò*

 hi-

hijo de leal matrimonio varones procreados. Dos condiciones contienen las dichas palabras, y por qualquiera ha lugar la substitucion del dicho Iayme. La vna, *No siendo heredero.* La otra, *Muriendo sin hijos.* Luego no auiendo pedido el fideicomisso, dexò de ser heredero, y diò lugar à su hermano, ibi: *Y sino serà*, que es palabra que se deriba de las antecedentes: *Substituyo en aquel, y heredero hago, è instituyo à Antonio otro hermano suyo, y nieto mio, y los suyos*, que es el caso de auerse verificado la substitucion del dicho Iayme, y no importa auer dexado hijos, que es la segunda condicion, porque deuiò preceder la primera para que la otra se atendiesse.

50 Y auiendo sido esta la voluntad del testador, y constando assi de la clausula, no puede tener contradicion, ni oposiciõ, sino que se ha de guardar, y obseruar puntualmente, *leg. ex facto, ad medium, ff. de hæred. inst. l. peto, ff. de legat. 2. l. Pamphilo, ff. de leg. 3. l. cum virum, Cod. de fideicommis. l. 2. Cod. commun. de leg.* Angel. *cons.* 222. Socin. Sen. *cons.* 136. *numer.* 13. *lib.* 3.

51 Particularmente en los fideicomissos, donde con mas cuidado se atiende la intencion, y voluntad, *l. Scæbola, l. ex facto* 17. *l. si quis prior* 29. *l. hæredes mei* 57. §. *Cum ita, ff. ad Trebel. l. filius familias*, §. *Vt quis hæredem, l. à fratris* 127. ibi: *Sola enim voluntas seruatur in fideicommissis, ff. de leg.* 1. *l. cum virum, Cod. de fideicommis.* Paris. *cons.* 41. *num.* 15. *cons.* 43. *numer.* 24. *cons.* 52. *num.* 6. *&* *cons.* 90. *num.* 10. *vol.* 2. Bart. & Doctores *in l. verbis ciuilibus, ff. de vulgari*, Casaneo *cons.* 62. *ex numer.* 20. por ser como es ley del caso, y del pleyto, *Auth. de nuptijs*, §. *Disponat, collact.* 4. *l. pater Seuerinam* 100. *l. cum auus, ff. de condit. & demonstrat.*

52 *Secundò*, porque la dicha condicion es quid

fa

faciendi, como dependiente de la voluntad, y accion del mismo Doctor Antonio Mesquida, y por esso se llama *potestatiua*, à diferencia de la *casual*, de quibus *in l. vnica, §. Sin autem 7. Cod. de caduc. tollend.* y estando en su arbitrio el cumplimiento, desestimandole, ò no la executando, se extingue el derecho, *l. suus 4. §. puto, l. Cornelius 69. l. iam dubitari 86. ff. hæred. inst. l. verba hæc 12. ff. de condit. & demonstrat.* porque es regla formal, y cierta, que para la possession, y goze del fideicomisso deuiò preceder la existencia de la dicha condicion, y de otro modo no puede llamarse heredero, *l. ei qui 13. ff. de acquir. hæredit. l. cedere diem 113. ff. de verbor. signific. l. vnica, §. Sin autem, & §. Et cum triplici, Cod. de caduc. tollend. l. cum quidam 7. ad fin. Cod. de condit. insert. l. fin. Cod. de neces. seru. her. instit. l. 1. Cod. de instit. & substit. l. Iulianus, §. Si in diem, ff. quib. ex ex caus. in posses. eat. l. pecuniam quam, ff. si cert. petat. l. necessario, §. Si pendente, ff. de peric. & commodo rei vend.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 175. numer. 10. 11. & 13. & cons. 1168. ex num. 24. ad 30. vol. 12.* Rota per Farin. *decis. 693. num. num. 1. tom. 1. in recentiorib.* Paul. *cons. 292. num. 1. vers. Item testator, lib. 2.* Craueta *cons. 15. num. 3.* Peregrin. *de fideicomiss. art. 16. ex numer. 117.* Dom. Molin. *lib. 2. de primogen. cap. 12. n. 20.* Fusar. *de substit. q. 455. num. 3.* Cyriac. *tom. 2. contrau. 230. num. 20. & 21.*

53 En tanto grado, que siendo tan instantaneo el beneficio de la *l. 45. Taur.* que al mismo punto que vaca el mayorazgo, dà derecho irreuocable al siguiēte, aun sin accion suya, & etiam eo ignorante, todavia si la disposicion es condicional, se suspende el efecto de la ley hasta que se cumpla la condicion, vt tenent Pal. Rub. *in dict. l. 45. num. 29.* Mieres *de maiorat. part. 3. quæst. 12. num. 4.* Guid. Pap. *decis. 251. num. 1.* Francisco Milanense *decis. 1. ex numer. 19. part. 1.* Achiles

Per-

Perſonalis *de adipiſcend.poſſeſ.num.176.tom.3. tactratuum,par.2.* y es la razon, porque la condicion operatur aparte ante, ſecundum Baldum, & alios ab eo relatos *in l.cùm eorum,num.6.Cod.de ſentent. & interlocut. omn.iud. & in Auth.cui relictum,numer.22. Cod.de indict.viduit.toll. & in cap.dudum 57.el 2. numer. 27. de electione.* Por lo qual advirtiò el miſmo Bald. *in l. Aretuſa,in lectur.1.num.6. ff.de ſtat. hominum*, que la condiciõ obra quando eſt in actu, pero no quando in potencia; porque, ante additionem, no dà, ni quita derecho, *l. ſi quis ſub conditione, ff. ſi quis omiſ. cauſ.teſtam. l.cedere diem, ff.de verbor.ſignif.*

54 *Tertiò*, que las dichas palabras, *Y ſino ſerà*, requieren aceptacion en virtud de la inſtitucion de la inſtitucion de heredero precedente, la qual fue neceſſaria para poder tranſmitir la herencia, ò fideicomiſſo à ſus hijos, quia hæreditas non ad ita non tranſmittitur, *l.vnica,Cod.de his qui ante apertas tabulas, l. quoniam ſororem,l.cum in antiquioribus 19. Cod. de iur. delib.l.vnica,§.In fideicomiſſo,Cod.de caduc.tollend.l.2. 2.tit.6.part.6.* Bald. *in l. emancipata, Cod. qui admittit. ad bon.poſſ.* Alciat. *lib.4. paradox. cap. 5.in princ.* Forcatul. *in Netiomantia iuris,dialogo 87. num. 3.* Anton. Gòm. *tom.1.variar.cap.9. in princip.* Tello Fernandez *in l.4.Taur.num.63.* Bart. *in l.fin. num.3. ff. ad Tertul.* vbi docet: *Quod hæreditas filia non delata,non tranſmittitur ad nepotes*, que es nueſtro caſo, Alex. *in l.2.num.3. Cod.de liber.præter.* Imola *in l.ei qui ſoluendo,numer.3. vſſ o circà quartum, ff. de hæred.inſtit.* Franciſc. Aretin. *in l.ſi quis poſthumus 9.num.8. ff. de lib. & poſth.* Crauet. *conſ.127.num.11. & 12.vol.1.* Menoch. *conſ.105.numer.8.vol.2.* Y no puede auer lugar la tranſmiſsion contra expreſſa voluntad del teſtador, que quiſo que no aceptando, y poſſeyendo la herẽcia el dicho Doctor Meſquida: *Y ſino ſerà*, no tuuieſſen derecho ſus hi-

jos,

jos, sino que sucediesse Iayme Mesquida, que es el inmediato substituto, quia non admittitur transmisio si resistat, vel non assistat testatoris voluntas, Nat. *cons.* 551. *ex num.* 19. *vol.* 3. Surdo *cons.* 403. *nu.* 51. Alex. *cons.* 123. *num.* 2. *vol.* 1.

55 *Quarto*, que con no auer aceptado la herencia, diò lugar al substituto siguiente, Bart. *in l. is potest, in princ. ff. de acq. hered.* vbi Ias. *num.* 12. Menoch. *cons.* 1168. *num.* 31. & 32. *vol.* 12. Pichard. *in princ. I. de vulgar. substit. ex num.* 35. Galganeto *de conditionib. part.* 1. *cap.* 7. *num.* 14. donde dà por razon de esta conclusion la de la *l. legata.* 41. *ff. de condit. & demonst.* & *num.* 15. Decio *in l. cum proponas, la* 2. *num.* 5. *vers. Quarto, C. de pactis*, Surdo *cons.* 156. *num.* 15. *lib.* 2. Nicolàs Noales *de transmissionib. cas.* 1. *num.* 210. & 211. Y fue visto auer declarado, y manifestado su repudiacion *l.* 1. §. *Permittere, versc. Sub conditione ff. siquis omis. caus. testam.*

56 *Quinto*, porque no auiendo tenido efecto la substitucion del dicho Doctor Mesquida, consiguientemente cessaron las demàs que tienen dependencia, y se deriuan dèl, *l. si mater.* 33. §. 1. *l. qui habebat.* 47. *ff. de vulgari*, Ioan. Andreas *ad Speculator. tit. de testament.* §. 1. *litt. C.* que trae algunos textos, y razones, Oldraldo *cons.* 172. *à num.* 1. ibi: *Ergo aliam vtilem facere non potest, cùm ipsa omninò sit inutilis*, Alex. *cõs.* 139. *num.* 3. *lib.* 7. Lo dixo muy en terminos de nuestro caso; *Et substitutio sequens deuotata per illa verba*, & sic semper sequendo de gradu in gradum, *quòd prædicta eius bona non recedant à dictis affinibus, seu de eius dicta parentela de Gamba chochijs, donec aliqui masculi sint in ipsa. Est facta in casu quo eueniat conditio primæ substitutionis, per quam vocati sunt illi, tunc esse propinquiores.* Y dà la razon: *Nam post illos vult, eis deficientibus, vocare sequentes, quos voluit esse substitu-*

tutos illis primis propinquioribus primo substitutis, Socino Senior *cons.62. num.6. ad fin. & num.7. lib.3.* y Peregrino *de fideicommiss. art. 29. num. 27.*

57 Porque en la substitucion fideicommissaria no se dà transito de persona ad personam, nec de casu ad casum, *Glossa in l. Titius, ff. de lib. & post.* Aretin. *in l. Gallus 29. §. Et quid si tantum, col. 3. versic. 2. d. tit.* Decio *cons. 218. num. 9.* Parisio *cons. 63. num. 12. & cons. 66. num. 5. lib. 3.* Ias. *consil. 220. col. 4. lib. 2.* Y que es doctrina innegable testatur, Menoch. *cons. 97. nu. 91. vol. 1.*

58 *Sextò*, quia extincto primo capite successionis vnde liberi, statim defertur sucesio per secundum caput vnde legitimi, *l. 2. ff. vnde liberi, l. 1. §. Quibus, ff. de success. edict.* ibi: *Quia repudiando quasi liberi bonorum possessioni, hanc incipiunt habere quasi legitimi.* Y assi el dicho Iayme el menor, hijo del dicho Doctor Antonio Mesquida, no quiso por estos fundamentos salir à este pleyto, pues reconociò que no podia excluir à Iayme su tio; porque si podia tener algun derecho para ello, fuera mediante la aceptacion de su padre, y no de otra manera, y auiendo faltado, y no sido heredero, aquella substitucion remansit extincta, ac mortua, & nullatenus reuiuiscit, vt ex Oldraldo, & alijs tenet, Decius *cons. 95. num. 8. ad medium.*

59 Lo qual procede del modo que antes de la vacante del dicho fideicommisso, y de llegar el caso de su llamamiento, como si huuiera muerto el dicho Doctor Mesquida, quedaua caduca, y vaga la substitucion del dicho su hijo, *l. vnica, §. Sin autem aliquid, C. de caduc. tollend. l. 4. l. huiusmodi, ff. quando dies leg. ced.* Mantica, *de coniect. vltim. volunt. lib. 11. tit. 20.* Pereg. *de fideicommis. art. 5. num. 21. & art. 31.* Fusar. *de substitut. q. 488. & 490.* Capicio Latro *decis. 1. nu. 2. & decis. 2.* Ant. Gom. *tom. 1. variar. cap. 5. num. 9.*

Cas-

Castillo *de vsufruct. tom.1.cap. 8.num. 39.* Casanate *cons.32.ex num. 14.* Grassus *receptar. sent.§. Fideicommissum,q.67.& 68.* Pedrocha *cons.40.q.5.* Y assi estuuo excluido dicho Iayme el menor.

60 *Septimò*, porque la condicion. *Y sino serà* Latine, *Si heres non erit*, corresponde à los casos *Noluntatis aut Impotentiæ*, y aunque pudieron verificarse ambos, y con esso dar lugar à la question, de si auia de transmitirse à los hijos del dicho Antonio Mesquida, en este pleyto son diferentes, porque el de la impotēcia cessò con la muerte de Antonio Mesquida, y auer abierto camino à la substitucion Antonio, y tambien son diferentes los efectos, *vt in l.si quis in graui 3.ff. ad Syllanian.l.pen.ff.quando dies legati cedat*, y solamente quedò el de la noluntad, *l.vter ex fratribus 23.* cum Glossa ibi: *in verbo Æqualis*, & Bar. *ante num.1.* Ale.num.1.Paul. *num.2.l.Pater Seuerinam.ff.de condit. & demonstr.* vbi Cuman. & Paul. *num. 1. & 2.* Cuiacio *ad Papinian.lib.8. ad l. 102.ff. de condit.& demonst.* Y en el es constante no pudo dar derecho à su hijo, sin que precediesse la aceptacion, y que entrò el siguiente substituto, que fue Iayme Mesquida su hermano, Bart. *in d.l.Pater Seuerinam, nu.2.* & ibi Paul. *num.3.* Bald. *in l.cum proponas, num. 22. C.de hered. instit.* vbi Ias. *num.7.versic. Tertiò ergo limita*, Guillelmo Benedicto *in rep.cap.Rainuntius de testament. verb.Si absque liberis, el 2.in tit.de vulgar. substit.nu. 43.* Decio *cons.272.num.3.* Socino *cons.259.numer. 3.lib.2.* Cagnolo *in l.3.nu.1.ff.de reg.iur.* Sessè *decis. 66.num.4.vol.1.* ibi: *Cumque præmortua sit Ioanna ante hereditatem sibi delatam, licèt cum descendentibus, aperta fuit via Leonoræ per vulgarem tam in casu nolenciæ, quam in potentiæ, vt est notum.* El qual prosigue el punto por toda la decisiō, & an caducato medio caducetur conditio aut substitutio.

Es-

61 Esta resolucion se prueba de diferentes textos. El primero, la *l. iam hoc iure 4. ff. de vulgar.* donde la substitucion fue, *Si heres non extiterit*, que se gouierna por la voluntad, y aunque tiene despues otra, *siue extiterit, & impubes decesserit*, dize Bart. *ibi num. 4.* que solamente comprehende el caso de la voluntad por la vulgar, porque el segundo mira à la pupilar, y es diferente, y le siguen Alexandro, *ibidem, num. 2.* Alciato, qui testatur communem, *num. 2.* Ripa. *num. 18.* y Cunano *lib. 7. cap. 7. num. 10.* Porque solo en el caso, *non existentis hæredis* verificatur, y entrando en la herencia se desvanece la dicha substitution, *vt in l. post habitam 5. C. de impuber.*

62 El segundo la *l. 3. C. de hæred. instit.* ibi: *Quòd si ex aliqua causa primus hæres hæreditatem adire noluerit, vel non potuerit*, que inducen para lo mismo, Bartulo *in d. l. iam hoc iure, nu. 13.* Intrigliolo *de substitutionib. centur. 1. q. 17.* y Anton. Pichar. *in princ. l. de vulgar. substit. num. 20.* con que conforma la decision del texto, *in cap. suscitatus 13. ad fin de rescriptis*, ibi: *Nisi forte sic in rescripto habeatur expressum, si non omnes intetfuerint, vel simul nequiuerint, aut noluerint interesse.* Pues respeto de la dicha noluntad se dàn Iuezes, que en su lugar determinen la causa, quedando los primeros priuados del conocimiento.

63 El tercero, y mas en terminos la *l. Iulianus 26. ff. si quis omis. caus. testam.* donde Sempronio fue instituido por heredero, *y no lo siendo* se le diò por substituto à su hija. No aceptò la herencia Sempronio, porque no quiso, ò porque no pudo, y como en qualquiera de los casos se verificò, è interuino la vulgar, se difiriò la herencia à la hija, que estaua substituida en su defecto. Y del mismo modo en nuestro caso, pues siendo Antonio Mesquida el substituto inme-

mediato à su hermano Andres Mesquida, por auer muerto sin hijos varones, el defecto de la aceptacion, su resistencia, y noluntad, dieron passo al siguiente substituto, sin que para sus hijos pudiesse adquirir derecho alguno.

64 El quarto la *l. Pater Seuerinam* 100. *ff. de condit. & demostrat.* Cuyo caso fue mandar el testador à Seuerina Procula, vna heredad por via de fideicomisso, si casasse con Philipo su sobrino; y no cumpliendo la dicha condicion, dispuso fuesse de Phelipo la heredad. Muriò Seuerina antes de tener edad de poderse casar; y se dudò si respecto de la impossibilidad de la condicion, y su cumplimiento, sucederia Phelipo en el fideicomisso. Y atendiendo Papiniano à la mente, y voluntad del testador, resoluiò que la substitucion de Philipo no se estendia ad casum impotentiæ, sino que quedò restringida, y limitada ad casum noluntatis: *Respondi, cùm in conditionibus testatorum voluntatem potiùs quàm verba considerari oporteat. Ælio Philipo fideicommissum ità datum videre, si ei Procula defuncti filia nubere noluisset.* Y aunque en nuestro caso fueron dos las condiciones: la vna, de *No ser heredero*: la otra, de *Morir sin hijos*, como la voluntad del testador mirò à preferir al substituto en qualquiera de los dos casos, no fue necessario passar al segundo, cuyo examen de pendiò del primero, con que el de la noluntad diò regla, y forma a la sucession, en conformidad de lo dispuesto por el testador a que se debe estàr, Costa *in §. & quid si tantum, part. 5. num. 4.*

65 De que se infiere no solamente que el fideicomisso, no passa a los herederos del dico Antonio Mesquida, imò, que perteneciò a Iayme Mesquida su hermano, en virtud de su substitucion, *vt in l. 2. C. de instit. & substit.* ibi: *Condicioni, sub qua testamento*

matris tuæ heres instituta est, si non paruisti, locum habet substitutio, Bart. per textum, ibi: *in l. Titio centum, §. Titio genero, D. de condit. & demonst. num. 3. in l. 2. §. fin. D. de iur. dot. & in l. 1. num. 54. D. de vulgar.* quem sequitur, ibi: Bald. Paris. *cons.* 110. *col.* 1. *lib.* 4. Ludouic. Roman. *cons.* 134. *vers. His ergo præsupositis, col.* 2. *Corneus, cons.* 209. *col.* 1. *lib.* 4. Dom. Couarr. *in cap.* 3. *num.* 11. *de testam.* Capicio *decis.* 204. *num.* 1. Diego Perez eos referens *in l.* 1. *tit.* 2. *lib.* 5. *ordinam. glo.* 1. *pag.* 78. *col.* 1. *vers. Quæro vtrũ*, Costa *in l. Cum tale, §. arbitratu, limitacion,* 6. *num.* 9. & 10. *D. de condit. & demostrat.* Pichar. *in princ. n.* 24. *Inst. de vulgar, substit.* & sic fundò la sucessiõ sin que el sobrino le pudiesse competir.

66 El quinto la *l. 2. tit. 5. part. 6.* Cuyas palabras son: *Claramente se faze la substitucion, que es llamada vulgar, por palabras negatiuas en esta manera, como si dixesse el testador: Establezco a fulano por mi heredero, è si èl non lo fuere, fago mi heredero a fulano. Cà si muriesse aquel, que fuesse establecido primeramente ante que ouiesse tomado la heredad, ò se aya otorgado por heredero, serà heredero el segundo. Esso mismo seria si fuesse viuo, è non quisiesse recibir la herencia, ò la desechasse.* Gregorio Lop. *in verb. Esso mismo seria, & in verb. La desechasse*, dize se difiere la herencia al substituto ab instanti repudiationis, & etiam si institutus posit restitui aduersus repudiationem.

67 Y el derecho de Iayme Mesquida, no solamẽte fue en quanto al cuerpo de la herencia, y fideicomisto, sino tambien a todos los frutos, y oy de sus hijas, por que mientras no ha auido legitimo posseedor, y dueño, se juzga como iacente, sin que otro alguno pueda auer percibido los frutos, *vt in l. ita tamen 27. §. 1. D. ad Trebellian. l. Centurio 15. ff. de vulgari.* Y lo nota Greg. Lop. *in verbo Segundo, in d. l.*

2.

2.*tit.5.p.6.*diziendo, que tanto mas montara la herencia. Y aqui no tiene duda, ni controuersia, puesto que desde que muriò Andres Mesquida, no auido legitimo dueño de la hazienda, y la dicha Isabel Mesquida fue intrusa, sin titulo, ni causa, & sic percibiò con mala fee, vt notum est, y por esta razon diò despacho el Consejo en 11. de Iulio de 1647. mandando, que la dicha Isabel Mesquida diesse fianças, y cometiendo a los Inquisidores de Mallorca la apremiassen à ello.

68 *Octauo*, & vltimo, porque pretender dar derecho à Iayme Mesquida, hijo que fue de Antonio, es preferirle por razon de primogenitura, y representacion, quando de ninguna dellas se pudo valer. Porque aunque es assi, que el testador guardò la primogenitura en el orden de las substituciones, porque la primera fue a fauor de Andres, que fue el mayor, la segunda de Antonio, y las demàs a los otros hermanos, conforme sus edades, no hizo otras substituciones intermedias, sino es con razon particular, videlicet, à los hijos, siendo heredero su padre, como consta de la misma clausula: *En tal caso substituyo en aquel, y a mi, y en aquel heredero hago, è instituyo a Andres, hijo suyo, y nieto mio, y los suyos, y si el dicho Andres, nieto, y heredero mio, no serà, instituyo a Antonio* De modo, que a Antonio no precedieron los hijos de Andres, sino es auiendo èl heredado el fideicomisso, y entonces sucedieran sus hijos, y oy el de Antonio, aunque viuiera no pudiera por primogenito, è hijo del mayor, sino por substitucion indiuidual que no tuuo.

69 Y esto se ayuda con la costumbre, y obseruancia que ay en Mallorca, de que no sucede por primogenitura, ni se conoce en aquel Reyno, antes ay muchas executorias, de que las sucessiones se regulan por

las

las propias perſonas,y que en eſſa conformidad ſe determinan los Pleytos. Y en particular hazemos memoria de la que obtuuo Domingo Font y Roche, de la Villa de Sinai, contra Pedro Font y Roche ſu ſobrino, en 10. de Mayo de 1629. en la Real Audiencia de Mallorca ſiendo Regente della, que muriò del Conſejo de Aragon, a cuya determinacion ſe ha de eſtàr, por ſer de Audiencias Reales, que repreſentan al Principe, y obran a ſu imitacion, *ſic inueni Senatum cenſuiſſe*, dixo, *l. filius emancipatus, D. ad leg. Cornel. de falſis*. Pinelus, *in l. 2. C. de reſcind. vendit. part. 2. cap. 4. num. 2.* Gama, *deciſ. 228. num. 1.* Affict. *deciſ. 120. num. 6.* con que tiene Iayme Meſquida ley a ſu fauor, *l. fin. C. de legib.* y lo determinado diuerſas vezes, y en otros Tribunales en cauſas, y pleytos de la miſma calidad, tiene mucha autoridad, y dà cauſa, y motiuo q̃ ſe ſiga: *Eſt enim huius rei exemplum ex reſcripto Diui Pij in ſpecie huiuſmodi*, dixo la *l. apud Iulianum 11. §. vtrum, 2. ff. ad Trebellian. l. 1. §. Hoc autem Senatus Conſultũ, verſ. Et ait Sextus, ff. ad Syllan.* ibi: *Sic ſapè eſſe iudicatũ*, Gramat. *deciſ. 33. n. 2.* Afflict. *deciſ. 169. n. 9.* Gama *deciſ. Luſit. 228. num. 2.* Viuio *deciſ. 41.*

70 Reconociendo Iſabel Meſquida, y ſu hija la mala fee, y el llamamiento del dicho Iayme Meſquida ſu cuñado, y tio, y que llegò el caſo de la ſubſtitucion, pretendieron entonces, y oy franciſca ſu hija deſuanecerla con que Iayme Meſquida el menor hijo de Antonio le precedia, por auer ſido ſu padre mayor, y preferido en la ſubſtituciõ, de que induce tiene derecho de repreſentacion, y el de la traſmiſsion, y que por qualquiera funda en la ſuceſsion, con excluſion de ſu tio; y han caminado con tanta maña, que ſin litigar, ni auer ſalido al pleyto, ſe tuuo por baſtante en el Tribunal de Mallorca, como conſta de la ſentencia, y en el Conſejo pretendieron continuar la

 miſ-

misma razon, hasta que se ha llegado à conocer, y
propuso por Iayme Mesquida, en la informacion
que diò para el articulo de las litis expensas, y en sus
alegatos, y sin embargo se repiten en esta los mismos
fundamentos, porque se halle junto quanto mira a
la justicia de Iayme Mesquida, y por dar satisfacion à
las resoluciones, que presuponen los motiuos de la
sentencia, en fee de semejante excepcion, que quando
tuuuiera color, no era para que por ella se continuasse
la possession, en que estuuo la dicha Isabel Mesquida,
de los bienes sobre que se litiga, gozandolos
sin titulo, sino para que se secrestassen los frutos, hasta
declarar qual de los dos, tio, ò sobrino, auia de suceder,
de que se conocerà con quan mala fortuna pleyteò,
quien se hallaua pobre, y sin caudal: podràn consolarse
sus hijas con que ha llegado a Tribunal, a quiẽ
se ajustan las palabras de Aristoteles, *lib.* 1. *Moral. cap.* 81. ibi: *Qui non est alius pauperi, alius diuiti, sed omnibus communis, & aequalis.*

71 Varias vezes se ha dicho, y alegado, que Iayme
Mesquida, hijo del Doctor Antonio Mesquida, no
litigò, ni diò poder para seguir este pleyto, y assi no
pudo Isabel Mesquida, y oy su hija, defenderse con
ponderar, y publicar las razones, que èl callò, ni le hã
de aprouechar, siendole preciso caminar con excepciones
propias. *Ius non ex eo metitur, quòd possessor occupauit, sed ex suo iure*, dixo la *l.* 1. §. 1. *ff. si pars haered. petat.* Luego proponer, que el Doctor Mesquida
prefiriò a Iayme, y que su hijo ocupò aquel lugar, y
prefiriò a su tio, no es hazer mejor su causa, sino ofenderse
con sus mismas armas, y por esso la Glossa *in verb. Ex iure suo*, añade: *Id est, successione.* Dãdo a entender
no se puede valer de ageno caudal, que no le
puede aprouechar, secundum Giurbam *decis.* 51. *n.* 1. D. Petrum Noguerol *allegat.* 12. *n.* 134. & *alleg.* 26. *num.* 7.

72 Y aunque el posseedor se puede valer de non iure agentis, *ex l. fin. C. de rei vendic. l. loci corpus, §. competit. ff. si seruit. vindicet.* Isabel Mesquida no posseyò, sino que fue intrusa en los bienes sin titulo, ni causa, y no dize Francisca, que Iayme Mesquida no tuuo llamamiento, antes le reconoce por hermano de su padre, nieto, y descendiente de los fundadores, y solamente propone le prefiriò el sobrino, por las razones referidas.

73 Pero es extra rem, distinto totalmente del punto, y pleyto, tanto, que esta excepcion, ò alegacion no se debe admitir, porque no la toca, y querer suscitar vna accion inutil en nombre de quien no quiso litigar, ni hizo pedimiento, pretendiendo excluir a Iayme; antes bien dixo, que se determinasse este pleyto sin interuencion suya, porque tenia puesta demanda en dicha Real Audiencia: siendo asi, que no lo pudo hazer, pues Isabel, y Francisca eran viudas de Ministros del Santo Oficio, que gozauan el mismo priuilegio de fuero, que sus maridos, argumento *legis Decuriones 24. de Decurion. cum alijs vulgatis* Narb. *in l. 20. lib. 4. tit. 1. nouæ Recopil. a num.* 47.

74 Y como dize Mieres *de maiorat. part. 4. quæst. 15. n. 13. in medio,* el dominio de los bienes del mayorazgo passa ipso iure en el siguiente en grado: *Hoc verum est volente, & petente illo, ad quem ius defertur, & non alias.* Y asi no pudo hazer estoruo a la pretension de Iayme Mesquida semejante alegacion, para lo qual es texto expresso la *l. his consequenter. 18. §. 1. ff. famil. erciscund.* Donde tratãdose de la diuision de vna herencia, se pretendiò excluir el coheredero por indigno, porque no auia tomado satisfacion de la muerte del testador, y responde: *Et rectissimè Pomponius ait, hoc ad diuisionem rerum hæredita-*

rium non pertinere. De que dà la razon Acursio, *in verb. Non pertinere*. Que aunque el heredero queda indigno de la herencia, y su porcion se aplica al Fisco, es necessario preceda sentencia, y en el entretanto no se ha de tener la particion, ni los coherederos ser oidos, porque sin embargo es heredero, y se le ha de adjudicar la parte que le toca, en que conuienen Gregorio Lopez, *in verb. Del heredero, in l. 13. tit. 7. part. 6*: ibi: *Nihilominus interim, antequàm Fiscus auferat, ipse est hæres cum effectu, & exercet actiones hæreditarias*. Thesaur. *decis. 4. num. 1*. Cancer. *part. 3. variar. cap. 1. num. 170*. Peregrin. *cons. 100. num. 23. versi. Nec obstaret, lib. 5*. Alex. *cons. 101. num. 3. lib. 7*. Menoch. *cons. 928. num. 68. vers. Vltimò. & n. 69. vol. 10*. Bart. & Socin. *in l. 2. ff. de excep. rei. iud*. Bald. *in l. cum seruum, num. 7. C. de seru. fugit. & cons. 480. num. 4. lib. 1*. Oldrald. *cons. 139. num. 7*. Abb. *in cap. conquerente. num. 4. vers. Quintò nota, de Cleric. non resid*. Ancharr. *cons. 297. ex num. 14*. Cephal. *cõs. 133. num. 116*. Luego el alegar derecho de tercero no impidiò a Iayme Mesquida, y es preciso que su cuñada cadat à causa, *d. l. loci corpus, §. competit, ff. si seru. vẽdicac. l. res alienas. C. de rei vindicat. l. si prior, aliàs, l. si creditor, 12. §. si simpliciter. ff. qui pot. in pign. hab.*

75 Si bien algunos limitan esta regla, quando la oposicion que se haze del derecho de tercero es exclusiua, talitèr, que totalmente queda vencido el que pretende, y pide, y en otros casos Thesauro *decis. 4. ex num. 1*. Mier. *dict. quæst. 15. nu. 13. cum alijs*. Surd. *decis. 244. ex n. 18*. que afirma compete al posseedor, *decis. 280. num. 3. 4. & 5*. Menoch. *consil. 365. num. 66. volum. 4*. Rolando de Valle, *cons. 93. num. 7. vol. 1*. A que respondemos.

76 *Primò*, que se debe entender quando la razon

de

de la exclusion es tal, que basta oponerla, y no se requiere accion, ni diligencia del tercero, porque siendo requisito el que pida, y deduzga su derecho, no lo haziendo, la alegacion no se atiende, ni puede obstar al que litiga, aunque alias sea mejor el derecho de aquel, como en nuestros mismos terminos lo prueban Cephal. *cons*. 133. *n*. 118. y Mieres *part*. 4. *quæst*. 15. *n*. 14. que dize: *Quandò quis priuatur ipso iure, & cũ effectu: secus si effectus priuationis constat in voluntate tertij*. Y en el *num*. 26. añade, que la alegacion ha de aprouechar al que la haze, y ambas cosas faltan. Porque el que se dize tiene mejor derecho, no pide; y quãdo huuiera dado poder, y salido al pleyto, adhùc, no puede competir con Iayme Mesquida su tio, que le prefiere, como se dirà adelante.

77 *Secundò*, que es necessario, que la exclusion q̃ se pretẽde resulte en prouecho de quien la alega, *l. sicui* 15. *C. de nonnum. pec*. en que assientẽ Surd. *decis*. 301. *n*. 15. y Mench. *cons*. 1. *n*. 321. *vol*. 1. cõ otros que alegan. Y està tan lexos de que esto pueda ser, quanto cõsta de las clausulas, y de todo el discurso deste papel, pues el llamamiento de las hembras, no llega auiendo varones, y estàn en primer lugar las nietas, y las bisnietas no tienẽ lugar, con que queda excluida siempre la dicha Francisca Mesquida, que lo es, y su madre tambien, pues tratò de hazer bienes libres vn fideicomisso perpetuo, y a que està llamada toda la familia.

78 *Tertiò, & vltimò*, porque debe constar la certeza de aquel derecho. Y aunque es assi que Iayme Mesquida declarò, que el Doctor Antonio Mesquida su hermano era mayor, y dexò el hijo, de quien vamos hablando, no se sigue que preceda a su tio; siendo assi, que debe constar ante todas cosas, aliàs no aprouecha. Ioseph. Ludouic. *decis*. 39. *num*. 5. lo dize: *Hoc habere locum, dummodo ius tertij deducatur*

in actis, vel incontinenti constare possit. Anton. Gabriel *lib.5.commun.tit.de restit.spoliat.cōclus.*1.*num.* 43.Menoch.*cons.*301.*num.*13.*vol.*4. y la falencia es cierta.

79 Nec nos turbat, quod dicit Mieres *dict. part.* 4.*quæst.*15.*num.*18.que el que pide la primogenitura, oponiendole tiene hermano mayor, aunque no hable, ni pida, es bastante razon para denegarsele. Quia respondetur, que ò se trata del derecho de la primogenitura, ù de la sucessiõ en virtud della. En lo primero, no es dudable, que constando ay hermano mayor, queda el segundo excluido de la pretension: a diferencia del segundo caso; en que no basta se diga, y oponga, sino que toca hazerlo al mismo interessado, y por esso Bartulo *in l.*2.*versic. Aut ad hoc tendit. ff. de excep. rei iud.* a quien refiere el mismo Mieres, dize, que el derecho de tercero se puede alegar para escusar el riesgo de pagar segunda vez el reo conuenido, ò por otra razon igual, no empero para quedarse con los bienes, que no le pertenecen. Sed sic est, que no porque huuiesse hijo de Antonio, es infalible pertenecerle los bienes del fideicomisso, siendo asi que està dispuesto lo contrario por las clausulas. Y en qualquiera acontecimiento, Francisca no mejora su derecho, antes acudiendo al recurso del tercero, confiessa su mala fee; y asi solo trata de enturbiar el agua, para entretanto desfrutar los bienes. Y dado caso, que pudiera ser ponderable el derecho del sobrino, se excluye con las razones, que de su existencia deducia la sentencia.

80 Porque en quanto a la representacion, està excluida por la misma fundacion, donde Iayme Mesquida, que fue el mayor despues de Antonio, està llamado en vno de dos casos: el vno de no ser heredero el dicho Antonio: y el otro de morir sin hijos, y co-

L mo

mo por no auer aceptado la herencia, quedò excluida su linea, y progenie. La representacion no obra, porque no ay sugeto sobre que cayga, y la voluntad que faltò al dicho Antonio Mesquida, no es representable, como en materia de fideicomissos lo resuelven Sessè *decis. 53. per totam.* Menoch. *cons. 215. per totum, præcipuè ex num. 131. vol. 3.* Curtio Iun. *cons. 58. num. 5.* y otros infinitos, que ellos refieren. Y se prueba expressamente, *ex l. cum ita 32. §. in fideicommisso, ff. de leg. 2.* donde en la sucessión del fideicomisso son preferidos los nõbrados, y señalados: *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerunt eo tẽpore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sunt.* Que es la decision mas expressa que se puede alegar, tanto, que Peregrino *de fideicommiss. art. 20. num. 5.* no hallò respuesta, ni salida.

81 Demàs, que para obtener por el derecho de la representacion, es necessario que quien la pretende muestre ser llamado, y substituido, y constando serlo por su propia persona, no necessita de representaciõ, como en terminos de fideicomisso lo prueba Robles de Salcedo *de repræsentat. lib. 3. cap. 7. num. 5. & 6.* que decide la question muy a nuestro proposito, y por essa razon se ponen sus palabras: *Secundò præmittendum est huic principali quæstioni locum esse non posse, nisi qui repræsentationis iure vti vult, de numero vocatorum se esse ostendat: ità vt de solo gradu disputandũ sit: semper enim prius est, vt qui fideicommissum petit, doceat se vocatum, quàm quæri possit in quo gradu sit vocatus. Nemo ex solo repræsentationis iure fideicommissarius fieri potest, sed si ex fideicommissariorum numero sit, succedit quæstio: An cum cæteris fideicommissarijs, aut ante cæteros admitti possit? vt benè*

ne obseruarunt Socin. Sen. cons. 14. in fin. lib. 3. Mantica lib. 8. de coniect. vltim. volunt. tit. 9. num. 2. in princip. & Ant. Faber. tom. 3. de errorib. pragmat. decade 55. error. 3. pag. 104. in medio: Nec rursus cum is, qui repræsentationis iure nititur, ad fideicommissum inuitatus est, quæstioni locus semper fieri potest, siquidem qui vocatus est repræsentationis iure indigere non solet, vt ad fideicommissum veniat, ad quod ex propria persona admitti potest: Et sanè ità esse fatendum est, quotiès sic vocatus fuit, vt sit etiam nominatus. Nominatio enim facit, vt non sit inspiciendum in quo proximitatis gradus positus sit fideicommissarius, sed quo gradu, & loco nominatus, l. omnia. 32. aliàs l. cum ità, §. in fideicomisso, l. cum pater 77. §. pen. ff. de leg. 2. l. hæredes mei 57. §. fin. ff. ad Trebell. Y siendo assi, que no tuuo llamamiento; como pudo competir, ni hazer estoruo a su tio, que le tuuo expresso?

82 Y si todavia se dixere, q̃ le tuuieron los hijos del dicho Antonio Mesquida, queda ya respondido, y satisfecho *supra*, y es caso que pone, y resuelve el mismo Robles *in num. 7.* formando regla a su inteligencia, y obseruancia, por estas palabras: *Sed si vocatus sit sub nomine collectiuo apto comprehendere pluralitatem, non modo personarum, sed etiam graduum, tùm demum quæstio institui potest de iure repræsentationis. Vt benè dicit Ant. Fab. vbi sup. quia cum negari non posset, quin is, qui fideicommissum petit ex numero sit vocatorum. Sola superst illa dubitatio.* In quo gradu vocatio esse videatur. *Scilicèt, cùm graduum distinctio, & obseruatio necessaria est, vt qui priore gradu sunt, priore quoque loco vocati intelligantur.* Luego no teniendo grado, ni llamamiento, es inutil la duda, y questiõ, y mas no pudiendo negar, que su tio le tuuo conocido, y cierto, no aceptando la herencia, como no la aceptò, el dicho Antonio Mesquida su padre.

Pue-

83 Puedennos oponer la Glossa *in verb. Proximo, in l. cum ita, 32. §. in fideicommisso, ff. de legat. 2.* que expressamente admite la representacion en este caso, como consta de sus palabras: *Quandoquè qui sunt in gradu impari, æqualiter admittuntur, vt filij fratrum cum fratribus.* Cuya autoridad es grande, y que excluye nuestra proposicion, y fundamento; y la apoyan muchos, que refieren Diego Perez, *in verb. Et las mandas, pag. 94. versic. Secundò, col. 1. ad fin. in l. 1. tit. 2. lib. 5. Ordinamen.* y Zeuall. *commun. contr. commun. q. 196. num. 1.*

84 Pero la dicha Glossa està reprobada comunmente, y es opinion fixa, constante, y cierta, que en los fideicomissos no ay representacion, y que se difiere la sucession por las propias personas, ita Gregor. Lop. *in verb. Ningun pariente de los descendientes, col. 2. in medio, in l. 3. tit. 13. partit. 6.* que lo pone por limitacion, ibi: *Secus esset, si ageretur ex fideicommisso, ex dispositione testatoris, nam tùnc non esset locus huic repræsentationi,* Diego Perez *vbi proximè, & in verb. Si el testador instituyere heredero, pag. 116. col. 2. vers. Contrariam opinionem,* Zeuall. *in dict. quæst. 196. num. 2. & 3.* y Manuel de Costa, *de patruo, & nepote, pag. 86. vers. Et enim nepos dicit,* donde largamente funda nuestro intento, y responde a la dicha Glossa, el qual *pag. 30. vers. Et primum,* resuelve, que en los casos en que no ay representacion, prefiere el tio al sobrino.

85 De aqui se infiere, que tampoco ha lugar el *derecho de transmission*, que tambien se insinua en la sentencia, para mayor apoyo de la exclusion de Iayme Mesquida: fundanse en la regla de que fideicommissum purum, transmitti potest, *ex l. unica, §. in nouissimo, C. de caducis tollend. l. fin. C. quando dies legati cedat, l. postulante, 44. ff. ad Trebel.*

l.

l. 3. *l. si in personam, C. de fideicommissis.* A q̃ se respõde no fue fideicomisso puro, sino condicional, como consta de la clausula. Y quando fuera puro debiò preceder ser heredero del Doctor Mesquida su padre, vt docent Peregrin. *de fideicommisso, art.* 31. *num.* 12. *ad fin.* Cancer. *variar. resolut. part.* 3. *cap.* 21. *num.* 154. & 272. Y lo prueba la Glossa communiter approbata, *in l. vnica, C. de his qui ante apert. tab. in verb. Posse transmittere.* Y no fue heredero, sino Marcela su muger, como consta de peticiones de las partes de 7. y 10. de Nouiembre de 644. La qual tampoco puede valerse deste derecho, siendo instituido a fauor de los descendientes, y siendo a quien pudiera tocar por la calidad de heredera, no ha pedido los bienes, Cancer. *dict. cap.* 21. *num.* 102.

86 A que se añade, que el derecho de transmission ha lugar por vno de tres casos. El primero, *ex potentia suitatis*, quando muriò el instituido abintestato, ò con testamento, dexando hijo, y si este muere antes de aceptar la herencia de su padre, la transmite a los herederos, *l. apud hostes* 8. *C. de suis & legit. hæred.* El segundo, *ex potentia sanguinis*, quando el descendiente trasfiere en su descendiente la herencia del ascendiente, *l. vnica, C. de his qui ante apert. tab.* El tercero, *ex potentia iuris deliberandi*, que introduxo la *l. cum in antiquioribus* 19. *C. de iur. delib.* quando el heredero dentro del año, que tenia para deliberar, muriò sin aceptar, ni repudiar la herencia, como lo obseruã Gotofredo, *in l. vnica, §. in nouissimo, litt. T. C. de caduc. tollend.* Socin. *regul.* 173. Ant. Gomez, *tom.* 1. *variar. cap.* 9. *ex num.* 1. y todos en la *l. ventre præterito, ff. de acq. hæred. & in l. vnica, C. de his qui ant. apert. tab.* De los quales el que se ajusta al caso deste pleyto, es el tercero, puesto que estuuo en arbi-

trio, y voluntad del Doctor Antonio Mesquida, aceptar, ò no el fideicomisso, y tuuo tiempo bastante para deliberar, desde la muerte de Andres Mesquida su hermano, hasta la suya, que consta de los autos passaron mas de diez años; y assi por no lo auer hecho, se transfiriò, sin embargo en su hijo, cuyo derecho (eo inuito) se reproduze, y representa.

87 Este beneficio se introduxo por el Emperador Iustiniano, *in dict. l. cum antiquioribus* 19. *C. de iur. de lib.* con q̃ concuerda la *l. 2. tit. 6. p. 6.* y assi Gregorio Lopez, *in verb. Que le serà puesto, & in verb. Despues del plazo*, y tratan dèl Tiraquel, *in tractat. le mort. part. 2. num.* 21. *declaratione* 5. Iuan Dilecto Gualdense, *de arte testandi, tit. 5. cautela* 1. Menoch. *de arbit. lib. 2. cas. 1. n.* 1. Alfano, *collect.* 459. Valasc. *decis. 96. num. 4. lib.* 1. Ant. Gomez, *tom. 1. cap. 9. num.* 20. *&* 26. Spino, *in speculo testament. gloss.* 33. *ex num.* 105.

88 Con esta ocasion Bartulo, *in l. 1. num.* 20. *ff. de vulgar.* mueue la question, que ocasiona nuestra disputa. Si el heredero (a quien se diò substituto vulgar) teniendo derecho de liberar, muriò sin auer aceptado la herencia, transferia en su heredero este derecho, talitèr, que se prefiera al substituto. Y la resuelue el mismo Bartulo en fauor del substituto, cuya opinion siguen Ripa, *ibid. num.* 131. Bald. *de substit. tract. de vulgarib. num.* 13. y otros que refiere Intrigiolo, *de substitut. centur.* 1. *quæst.* 24. que se vale de muchas razones, y argumentos.

89 Pero el de mayor fuerça consiste, en que las palabras generalès, y ordinarias de la substitucion vulgar. *Si hæres non erit*, tienen este sentido, è inteligencia. *Si nec ipse hæres erit, nec mutata conditione alium hæredem fecerit, ex l. pater* 40. *ff. de hæred. instit.*

§. *fin. instit. de vulgari.* De las quales sacan esta ilacion, y consequencia. Ergo, si el heredero dexa quien lo sea suyo, con el derecho de la transmision, ya este segundo heredero lo viene a ser del testador; y assi se prefiere al substituto. Tãbien le forman del texto, *in l. vnica, §. cum autèm, C. de caduc. tellend.* donde el substituto es llamado en los casos en q̃ no ay derecho de transmision. Porq̃ en los que se admite la facultad de aceptar la herencia, no fenece con la muerte del primer heredero, sino que es cuerpo de herencia, que passa al nueuo heredero, ita Acursius, *gloss.* 1. *versic. Et quantum ad ius deliberandi, in l. substitutio* 42. *ff. de acq. hæred.* Bart. *in l. qui duos, num.* 11. *ff. de reb. dub.* Crotus, *in l. non solum, §. morte, num.* 40. *ff. de nou. oper. nunt.* Y assi el substituto ha de ser excluido, y preferido el heredero, que representa la persona de su autor, y en su nombre obra, argumento, *l. si quis filium* 34. *C. de inoffic. testam.* porque milita la regla de la *l.* 3. *ff. de acq. hæred.* Y no se podrà afirmar, llegò el caso del llamamiento del substituto, porque attenta iuris fictione, està legitimamente aceptada la herencia, en conformidad de la voluntad, y disposicion del testador, *ex l. si quando* 38. *ff. de acq. hæred.*

90 Sin embargo, la opinion contraria es mas verdadera, y cierta, y que ha de preferir el substituto, lo resueluẽ contra Bartulo, y sus sequazes, Ripa, Croto, y Ruino, a quienes refiere, y sigue Intrigliolo, *q.* 27. Antonio Fabro, *de erroribus pragmaticor. decade* 34. *errore* 5. La razon es, porque como el instituido por heredero, que nunca lo fue, puede hazer heredero a otro, quando se halla muerto, y sin accion, ni voluntad; siendo preciso dar dos sugetos capazes, el vno del que le haze heredero (que ya faltò) el otro, del que quiera ser heredero (que acomodado a los terminos de nuestro caso, el hijo de Antonio (que ocasiona

este

este discurso) no lo fue, ni ay en el pleyto mas memoria dèl, que la que las trazas de Isabel Mesquida, y Francisca su hija han hecho para ofuscar el derecho de Iayme Mesquida cuñado) y como aya muerto el instituido ante additionem, sin la qual no tuuo efectos de heredero, ni pudo hazer que otro lo fuesse: sacase por consequencia, que vno, ni otro no fueron herederos del testador; y asi siempre es mejor la causa del substituto, y prefiere en la sucessión, como en terminos lo resuelve Sessè, *decis. 66. num.* 12. *vol.* 1. en esta manera: *Vnde, si Ioanna hæres non sit, quia mortua, non potest eius fabor considerari nec prodesse suis filijs, quibus mens testatoris Leonoram prætulit*, y lo repite al mismo intento, *decis.* 49. *num.* 17. *ad fin.* Con que asimismo se dà respuesta, y satisfacion a las demàs ponderaciones, y alegaciones referidas, en apoyo de la opinion contraria.

91 A que ex abundanti addimus, que el beneficio dado al heredero para que pueda deliberar, fue nueua disposicion correctoria del derecho antiguo, y como el derecho de deliberar no dura mas tiempo del que compete al heredero para que pueda aceptar la herencia, despues de auer passado, cessò la facultad de deliberar, y de aprehender la herencia, y ser heredero. Luego quando èl mismo no pudo deliberar, ni restituirse en el transcurso, como podrà dar facultad de que otro delibere? Y siendo, como es cierto, que el que puede deliberar, en muriendo, no puede ser heredero, porque la acceptacion est quid facti, el qual se ha de executar por el mismo instituido, y no por otra persona; siguese por consequencia infalible, que con la muerte espirò, y que no se transfiere al heredero, aliàs enim se diera mayor prerrogatiua al heredero, que no al instituido, contra textum, *in l. hærede m* 59. *ff. de reg. iur.* Y asi, no auiendo cumplidose la

con-

condicion, que se le puso al Doctor Antonio Mesquida. *Y sino serà*, es preciso entre su hermano sucediendo como su substituto, y que la opinion de Bartulo quede reprobada, y vencida, y sus razones frustradas, è invalidas.

92 En los terminos deste pleyto resolviò lo mismo Ioseph de Sessè, *decis.* 49. *n.* 10. y dixo: *Adeò, quod si moritur primus substitutus, & sic caducatur eius gradus per præmorientiam, succedit in eius locum secundus per vulgarem, etiam si deficiat conditio sub qua fuit vltimus vocatus.* Y pone el exemplo: *Instituo Titium, cui quādocunque decesserit, substituo Ioannē, & Ioanne sine liberis decedente, substituo Franciscum: Titius addit, post moritur Ioannes cum filijs ante additam?* Veamos a quien prefiere, los hijos, ò el substituto: *Succedit in eius locum Franciscus per vulgarem, etiam non verificata conditione.* Y dà la razon. *Quia conditio illa fuit apposita casu, quo hæreditas perueniret in Ioannem primum substitutum: eo autem non admisso, intrat in locum eius secundus substitutus.* Y prosigue *in num.* 17. 19. 24. *& alijs.*

ARTICVLO QVARTO.

Que se transfiriò en dichas Doña Teresa, y Doña Antonia, la instancia inchoada por Iayme.

93 ESta proposicion es textual, porque en este juizio quasi contraxo Iayme Mesquida, padre de Doña Teresa, y Doña Antonia, *l.* 3. §. *idem scriuit, ff. de pecul.* Butr. *in cap. veritatis* 8. *num.* 14. *de dolo, & contumac.* Matien. *in l.* 12. *tit.* 11. *lib.* 5.

Recopill'at.gloss. 2. *num.* 5. Bald. *in l.* 1. *num.* 6. *ff. de commod.* Domin. Valenç. *conf.* 60. *num.* 36. Y assi la accion, ò obligacion, que procediò de aquel quasi cõtracto, passò en estas, como sus hijas, y herederas, *vt in tot. tit. C. vt actiones ab hæredib. & contra hæredes incipiant.*

94 Lo mismo dixo Bart. *in l. hæres meus, in princip. num.* 1. *de conditionib. & demonstrationib. & in l. ita stipulatus, num.* 41. *ff. de verbor. obligation.* a quien comunmente siguen Anton. Gomez, *tom.* 2. *variar. cap.* 11. *num.* 21. Gregor. Lopez, *in l.* 9. *tit.* 5. *part.* 5. *gloss. fin. & gloss.* 2. *in l.* 12. *tit.* 11. *part.* 5. Valenç. *dict. conf.* 60. *n.* 39. Y la razon que dà es, porque el difunto, y su heredero se reputan por vna misma persona, *ex Auth. de iur. iurand. à moriente præstito*, §. 1. *collat.* 5.

95 Compruebase esta conclusion con lo que dixeron Don Geronimo de Leon, *decis.* 136. *per tot.* Caued. *decis.* 198. *part.* 1. *à num.* 3. *vsque ad num.* 6. Domin. Molin. *de Hispanor. primog. lib.* 4. *cap.* 8. *n.* 6. Pater Molin. *de iust. & iur. disputat.* 645. *num.* 2. Fusar. *de substitution. quæst.* 620. *ex n.* 1. Peregrin. *lib.* 7. *de iur. fisci, tit.* 1. Y aunque no falta quien sea de contrario sentir, empero la opinion afirmatiua es mas recibida, y la q̃ se sigue en todos los Tribunales, por ser mas vtil, y conforme a razon, propter expensas, fructus, & accessiones, D. Ioan. del Castillo, *lib.* 2. *controuersiar. cap.* 9. *d.* D. Hieronim. de Leon, *dict. decis.* 136. *num.* 9. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 58. *num.* 18. Mier. *de maior.* 4. *part. quæst.* 14. *num.* 3. *& in nou. edition. num.* 13. Addent. ad Domin. Molina, *dict. lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 6.

96 Con que es visto, que passò esta instancia en dichas Doña Teresa, y Doña Antonia, como herede-

ras de ſu padre; y que por conſequencia piden oy legitimamente, que el Conſejo ſe ſirua de declarar, que Iayme ſu padre fue verdadero ſucceſſor en eſte fideicomiſſo, por los fundamentos referidos; y que por ſu muerte quedaron libres los bienes contenidos en dicho fideicomiſſo en dichas ſus hijas; y aſsimiſmo, que tocan, y pertenecen los frutos percibidos dèl a ambas, deſde el dia que ſe conteſtò la demanda, pueſta por Iayme ſu padre, haſta el dia de la real reſtitucion de dichos bienes.

97 por muerte de Andres Meſquida el del numer. 12. hizo tranſito la ſuceſsion deſte fideicomiſſo en Iayme Meſquida ſu hermano ſegundo, por dos razones. La primera, porque Andrès no dexò hijos varones. La ſegunda, porque el Doctor Antonio Meſquida el del num. 13. no aceptò ſu ſubſtitucion, y llamamiento, de cuya aceptacion pendiò el poder ſuceder ſu hijo Iayme el del num. 20. Con que dicho Iayme, padre de Doña Tereſa, y Doña Antonia, fue el vltimo poſſeedor legal, y legitimo ſuceſſor deſte fideicomiſſo; y en ſus hijas quedaron libres los bienes, que contenia

98 La razon es clara, porque el teſtador diſpuſo que en defecto de ſus hijos, y nietos varones, y hijas de ſus hijos expreſſados en la clauſula, vinieſſe toda ſu herencia a Iayme Meſquida ſu hermano, y à Iayme Meſquida ſu ſobrino, hijo de Antonio Meſquida, que ya era difunto, para que la gozaſſen libremente a todas ſus voluntades por iguales partes.

99 Quando muriò dicho Iayme Meſquida, padre de dichas Doña Tereſa, y Doña Antonia, no exiſtian mas hijos varones, ni nietos de dicho teſtador, que el dicho Iayme Meſquida, hijo del Doctor Antonio Meſquida, el qual, como queda fundado, no podia

ſu-

suceder por no auer aceptado el dicho Doctor Antonio la herencia de su padre, ni auia hijas de Iayme Mesquida, hijo que fue del testador, que fueron substituidas al vltimo hijo, ò nieto varon suyo. Con que el dicho Iayme Mesquida, vltimo posseedor legal, no tuuo a quien restituir esta herencia, y por consequencia quedaron estos bienes libres en èl, *l. qui solidũ* 78. *§. prædium, l. cum pater, §. libertis, in fin. ff. de legat.* 2. Compruebase esta conclusion con Bartulo, Immol. Paul. de Castro, y Baldo *in l. 2. quando dies legat. cedat.* Decio, *cons.* 182. *num.* 1. Natt. *cons.* 191. *&* 470. *num.* 3. *& cons.* 551. *num.* 18. Y mejor que todos lo dixo Peregrin. *de fiddicom. artic.* 52. *num.* 2. dõde resuelve con estas palabras formales, ibi: *Voluntate autem testatoris fideicommißum finitur, vbi ad certas personas, vel certos gradus coarctatum reperitur, nam vltimus illius gradus liberè rem alienare poterit, quia non superst persona, quæ ex fideicommisso rem reuocare poæt.*

100 No pudo Iayme reuocar tal enagenacion, porque no tuuo efecto su substitucion, ni Francisca, porque no se halla con substitucion; pues esta la tuuieron solamente las hijas de los hijos del testador, conforme el cõtexto de la clausula, ibi: *Muriẽdo assi todos los dichos mis nietos, instituyo, y nombro por heredera a la hija mayor del dicho mi hijo, y mi nieta, que entonces fuere.* Y en defecto desta, y de sus hijos varones, substituyò a otra hija de su hijo, que fue Iayme, y dixo: *Y assi quiero que la dicha mi herencia, por via de fideicomisso, sea, y venga de mayor a menor de las dichas mis nietas.* Luego cum fideicommissa non proferantur de persona ad personam, quia persona in omni materia extrinsecus non sub intelligitur, *l. si vnus, §. ante omnia, ff. de pactis, l. si ita stipulatus, §. si*

Chry-

Chrysogonus,ff.de verbor. obligat. & *l. stipulatio ista, §. sicut autem,ff. eod.tit.* en la substitucion de nieta del testador, non sub intelligitur Francisca, por ser su bisnieta.

101 Pruebase con Peregrino *de fideicommissis, artic.1.num.27. art.52.num.2.in fin.* & *art.53.n.21.* donde funda latamente fideicõmissum iniunctum filijs, non posse trahi ad nepotes, nec iniunctum nepotibus ad pronepotes, & consequenter, no puede pretender Francisca comprehenderse en la substitucion de las nietas del testador, por ser bisnieta. Tampoco pudieron embarazar la libre enagenacion destos bienes en Iayme los dichos Iaymes Mesquida, hermano, y sobrino del testador, porque auian muerto sin dexar sucesion; y assi es constante, que las dichas Doña Teresa, y Doña Antonia suceden en los bienes, de que testò dicho Andrès, *num.* 10. como hijas, y herederas de Iayme su padre.

ARTICVLO QVARTO.

En que se responderà à algunos fundamentos contrarios.

102 AVnque con lo q̃ queda discurrido, se hã probado bastantissimamente la inclusion que tuuo Iayme Mesquida en la sucession deste fideicomisso, y la exclusion total de Francisca, y Iayme primo della; sin embargo se satisfarà breuemente a las objecciones, que en contrario se pueden hazer.

103 No obsta dezir, que no fueron puestos en condicion todos los hijos de Iayme Mesquida, primer instituido, sino solamente los menores de cator-

ze años; y no auiendose probado por estas partes, que los huuo; por consequencia no tuuieron efecto las substituciones.

104 Para conuencer por incierto este fundamento contrario, se refieren las palabras del testador con toda legalidad: *Si dicho Iayme Mesquida hijo heredero mio, no serà, ò serà, è morirà, quando que quando, sin hijos, ò hijo de leal conjunto procreados, è peruenidos, ò peruenido el vno, ò todos en edad de catorze años; en tal caso substituyo en aquel, y a mi, y en aquel heredero hago, è instituyo a Andres hijo suyo, y nieto mio.* Luego todos los hijos de Iayme Mesquida fueron puestos en condicion, conforme a las palabras desta clausula; y assi no puede tener fundamento la objeccion de Francisca.

105 Ansimismo no puede embarazar la pretension de estas partes el dezir, que bastò la existencia de Iayme Mesquida, hijo del Doctor Mesquida, para excluir la demanda de Iayme su tio, pues viuia entonces. A que se satisface, respondiendiendo con Tesauro, *decis.* 4. *numer.* 4. que dicho Iayme Mesquida no tuuo derecho alguno para suceder, como se ha fundado; y reconociendo èl esto mismo, no quiso hazer defensa en este pleyto, por cuya razon no se puede valer Francisca deste medio, para excluir a Iayme Mesquida, padre de Doña Teresa, y Doña Antonia, ni oponer la excepcion de non iure agendi.

106 De todo lo qual resulta a todas luzes, que Iayme Mesquida el del numer. 17. fue legitimo sucessor de este fideicomisso, y que tocan, y pertenecen los frutos, que dèl percibieron Isabel, y Francisca, madre, y hija, a dichas Doña Teresa, y Doña Antonia desde el dia de la contestacion de la de-

manda, hasta la real restitucion de los bienes, que contenia, como hijas, y herederas de dicho Iayme, y que quedaron libres en ellas, por auer espirado el fideicomisso en dicho Iayme.

107 Y esperan que el Consejo lo ha de declarar asi, reuocando la sentencia de los Inquisidores de Mallorca. Salua in omnibus, &c.

Doct. D. Antonio de Aramburu.